

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

NIKOLAI OLCHANOWSKI

UMA REFLEXÃO SOBRE O LUGAR DA RETRIBUIÇÃO NA JUSTIFICAÇÃO DA
PENA

CURITIBA
2013

NIKOLAI OLCHANOWSKI

UMA REFLEXÃO SOBRE O LUGAR DA RETRIBUIÇÃO NA JUSTIFICAÇÃO DA
PENA

Monografia apresentada ao Curso de Graduação
da Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Paraná, como requisito parcial à obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. André Ribeiro
Giamberardino.

CURITIBA
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

NIKOLAI OLCHANOWSKI

Uma reflexão sobre o lugar da retribuição na justificação da pena.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO
Orientador

Coorientador



CELSO LUIZ LUDWIG - *Direito Privado*
Primeiro Membro



CLARA MARIA ROMAN BORGES
Segundo Membro

Resumo

Pena deve ser caracterizada como uma imposição voluntária e deliberada de dor por parte de uma autoridade estatal. Estabelece esta definição uma peculiar necessidade de justificação desta prática, especialmente se pensarmos numa organização política racionalmente construída. Tradicionalmente, há dois grupos de teorias que procuram realizar esta justificação: teorias relativas ou preventivas e teorias absolutas ou retributivas. Embora as teorias retributivas pareçam ter perdido força, em anos recentes percebe-se um interesse renovado em trabalhos sobre a retribuição. O retributivismo tem como marca o pensamento de Immanuel Kant, cuja teoria da pena deve ser estudada num contexto mais amplo, envolvendo sua filosofia política. Embora não sejam necessariamente vinculados, muitos aspectos do retributivismo podem ser situados na teoria do contrato social e do liberalismo. Por fim, importante analisar o retributivismo na forma como é hoje pensado, em que a moldura liberal é bastante clara.

Palavras-chave: Pena; Retribuição; Kant; Contratualismo; Liberalismo; Retributivismo.

Abstract

Punishment ought to be characterized as the voluntary and deliberate infliction of pain by an official authority. This definition brings forward a peculiar need of justification especially in a rationally built political organization. Traditionally there are two groups of theories that seek that goal: relative or deterrence theories and absolute or retributive theories. Although retributivism was seemingly losing favor, recent years have shown a renewed interest in retribution. Retributivism is strongly associated with the thought of Immanuel Kant, whose penal theory should be viewed in light of a broader context, involving his political philosophy. In spite of not necessarily linked, a range of aspect of retributivism can be allocated in the social contract and liberal theories. Ultimately, it is relevant to consider contemporary retributivism in which liberal framework is evident.

Keywords: Punishment; Retribution; Kant; Social Contract; Liberalism; Retributivism.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	1
2. PENA COMO IMPOSIÇÃO VOLUNTÁRIA E DELIBERADA DE DOR: UMA DEFINIÇÃO NECESSÁRIA.....	3
3. AS RESPOSTAS TRADICIONAIS AO PROBLEMA.....	8
4. A PENA COMO RETRIBUIÇÃO. AINDA?.....	13
5. OS FUNDAMENTOS DO RETRIBUTIVISMO.....	18
a) Princípio da Transgressão Intencional (Principle of Willful Wrongdoing).....	19
b) Princípio da proporcionalidade.....	20
c) Princípio da Justiça Inerente (Inherent Justice Principle).....	22
d) Princípio da Necessidade da Pena.....	24
6. A FILOSOFIA PENAL DE KANT E A TRADIÇÃO LIBERAL DO RETRIBUTIVISMO	26
6.1 A TEORIA DA PENA EM KANT.....	28
6.2 A FILOSOFIA POLÍTICA DE KANT.....	36
6.3 AS PREMISSAS DO LIBERALISMO.....	44
a) Individualismo.....	46
b) Indivíduo livre e racional.....	50
c) Paternalismo e neutralidade.....	51
d) Direitos, justiça e igualdade.....	53
e) Pensamento consequencialista versus pensamento não-consequencialista.	54
6.4 LIBERALISMO E RETRIBUIÇÃO: FECHANDO O CÍRCULO.....	56
7. O RETRIBUTIVISMO HOJE.....	59
7.1 FAZENDO JUSTIÇA.....	59
7.2 “PORQUE SIM”: O RETRIBUTIVISMO INTRÍNSECO.....	67
7.3 A RETRIBUIÇÃO PELA PERDA DE DIREITOS.....	71
7.4 O EQUILÍBRIO MORAL (OU O MUNDO COMO CLUBE DE CAVALHEIROS).	75
8. CONCLUSÃO: BOTANDO OS PÉS NO CHÃO.	83
REFERÊNCIAS.....	85

1. INTRODUÇÃO.

Esta introdução talvez não mereça ser assim chamada. Utilizarei umas poucas linhas para fazer alguns esclarecimentos importantes, sem ainda adentrar no objeto de estudo da pesquisa- penso que o faço gradativamente ao longo do trabalho, sem que um espaço prévio para tanto seja realmente necessário.

Em primeiro lugar, gostaria de, já de início, justificar o uso da primeira pessoa, que se manterá por toda a composição. Diferente dessa introdução, contudo, o restante do trabalho está redigido na primeira pessoa do plural, por ser esta forma um pouco mais usual ao português, principalmente no Brasil. Esta opção me pareceu natural por duas razões. Primeiro, por facilidade, uma vez que me utilizo principalmente de bibliografia em língua inglesa, em que o uso da primeira pessoa é constante. A tradução e a própria linha de raciocínio pareciam fluir melhor sem alterar o estilo. De outra parte, acredito que este trabalho é resultado de conclusões e intuições bastante pessoais. Buscar ocultar essa posição por simples questões estéticas me pareceu um esforço estéril.

Gostaria também de me desculpar pelas traduções que sei serem falhas. Busquei restringir a necessidade de citações diretas, mas ao longo do trabalho percebi que fariam elas falta para a boa compreensão do estudo. Logo, optei por me fingir tradutor.

Por fim, julgo pertinente dizer algo sobre o porquê deste objeto de estudo. Sempre vi o que chamamos de teorias da pena como um capítulo falho em trabalhos jurídicos. No pouco contato anterior que tive com o tema, raras eram as vezes em que não ficava impressionado com as razões muito pouco plausíveis que eram apontadas para justificar uma prática tão relevante como a pena criminal. Comecei a ler algo sobre a pena sem saber onde exatamente queria chegar, mas devo confessar que já mantinha uma intuição prévia de que não há justificativa capaz de sustentar a pena em nossa sociedade.

Esse foi, talvez, o principal motivo pelo qual me atraí pelo estudo da retribuição (ou do retributivismo, já que é de teorias que se trata). Acreditava, sinceramente, que era absolutamente limitado o número de estudiosos que defendiam justificar a pena em termos retributivos- com certeza, era muito

influenciado, como deixarei explícito, por obras de Direito Penal, principalmente brasileiras, em que a retribuição é tratada até com certo desprezo.

Tomou-me com surpresa o fato de inúmeros trabalhos tratarem o retribucionismo com mais peso do que depositavam a outras formas de justificar a pena. Atraiu-me principalmente, porém, a sempre presente remição do retribucionismo a reflexões mais abrangentes, em especial à filosofia política.

Comecei a olhar com bastante interesse para a retribuição não porque subitamente havia mudado minha intuição sobre a pena, mas pela constatação de que havia muito a ser tratado a partir do retribucionismo. Nesse movimento, duas leituras me foram bastante importantes: **Reciprocity as a Justification for Retributivism**¹, de Jami L. ANDERSON, e **Kant face à la justice criminelle**², de Alvaro PIRES.

Essa pesquisa, em suma, acaba sendo mais um relatório dos meus próprios interesses que foram surgindo a partir dessas leituras do que um trabalho pensado e estruturado para ser uma monografia. Talvez seja esse o motivo da discrepância no espaço dedicado a cada capítulo (se é que devo chamar assim cada parte).

De todo modo, espero que todas estas circunstâncias não atrapalhem a exposição e que, com todas as limitações que a pesquisa apresenta, configure-se esta monografia alguma contribuição para o tema.

¹ ANDERSON, Jami L.. **Reciprocity as a Justification for retributivism**. p. 13-25.

² PIRES, Alvaro P.. **Kant face à la justice criminelle**. Cap. 4, p. 145-205. in: DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; PIRES, Alvaro P.. **Histoire de savoir sur le crime e la peine**. Tome II: La rationalité et la naissance de la criminologie. p. 145-205.

2. PENA COMO IMPOSIÇÃO VOLUNTÁRIA E DELIBERADA DE DOR: UMA DEFINIÇÃO NECESSÁRIA.

As penas são o objeto por excelência do Direito Penal. Não importa qual abordagem que se faça desse ramo do Direito, de uma forma ou de outra se estará lidando com penas. Isto por que a pena é núcleo de qualquer política que se diga penal, por certo.

No entanto, antes de qualquer relação com Direito, o termo pena tem uma conotação pré ou extrajurídica bastante clara: é algo que se liga de forma umbilical à ideia de sofrimento, dor, aflição ³.

Com isto em mente, infere-se que apenar alguém é infligir dor ou sofrimento a uma pessoa, de modo que a punição invariavelmente se liga a um sofrimento deliberado. Deliberado, pois, sabe-se, por definição, que punir é causar dor. Ainda, por ser deliberado, e, portanto, voluntário, esse sofrimento, essa dor, só pode ser considerada evitável. Punir ou não é uma questão de escolha.

De outra parte, a pena também traz consigo a noção de sanção. Nesse sentido, é um meio, um mecanismo para que se consiga algo. Não é um termo equivalente a sanção, no entanto, por trazer consigo aquela ideia de dor.

Por consequência, temos que pena é um meio para atingir algum fim (pode-se argumentar, no entanto, que é exatamente a ausência de um fim, que justificaria a pena), na forma de sanção, mas que se utiliza de uma forma punitiva (dor, sofrimento) para tanto.

É a partir dessa ideia que HIRST trabalha seu conceito de pena:

Punição deve, portanto, ser vista como uma forma de sancionar. Como tal, supõe não apenas a tentativa de assegurar conformidade com normas legais, mas o uso de meios punitivos para assegurar tal objetivo- “punitivos” significando a imposição de alguma perda ou sofrimento ao agente ⁴.

³ PENA. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. p.625.

⁴ HIRST, P. Q. **The concept of punishment**. In: DUFF, R. A.; GARLAND, David. **A reader on punishment**. p.266. (tradução nossa). Note-se que HIRST trabalha já com uma relação entre a pena e uma norma, já inserindo, conceitualmente, um sentido jurídico ao termo.

Estabelece-se a dor como critério de diferenciação da pena de outras medidas, a exemplo de sanções administrativas. Não pela presença de dor em si, dado que outros tipos de sanções também podem envolvê-la, mas pela sua intencionalidade, no sentido de ser a dor o objetivo exato da pena ⁵.

Afirmar a relação de pena com sofrimento parece ser um esforço trivial, uma vez que essa relação se mostra inescapável. A insistência se justifica, no entanto, por uma tentativa cada vez mais visível de dissociar a pena do sofrimento, a partir de uma ideia de que a pena hodierna não mais se direciona ao corpo do condenado, causando-lhe dor física ou mental, mas seria apenas uma mera restrição ou supressão de certos bens ⁶. Este alerta é dado por Ted HONDERICH ⁷, na própria justificativa de sua pesquisa. Assim, HONDERICH insiste:

O problema da punição surge principalmente, mas não apenas, pela razão de que essa prática envolve o que tradicionalmente se chamou de sofrimento. Ela envolve a deliberada e evitável imposição de sofrimento.

E, depois:

Qualquer coisa que se descreva como punição *deve* envolver como privação ou aflição, a qual, decerto, é razoavelmente descrita como seu objetivo ⁸.

Afirmar uma distinção entre privação e sofrimento não parece ser suficiente para desvincular a dor do conceito mesmo de pena. Mesmo valendo-nos de um autor que trata a pena em termos de privação, a pena não deixa de ter relação com uma dor, um sofrimento:

⁵ BOONIN, David. **The problem of punishment**. p. 12-17.

⁶ Não parece arriscado dizer que esta leitura é um enorme esforço em interpretar da forma que se deseja a obra de Michel Foucault, em especial, é claro, seu *Vigiar e Punir*. Não necessário, mas conveniente dizer que esta interpretação da proposta de Foucault não poderia estar mais equivocada. Foucault jamais diria que não há sofrimento nas penas, apenas que a disciplina, como mecanismo que surge em dado momento histórico, altera a forma de punir. Do suplício, direcionado ao corpo, passa-se a moldar a alma do condenado. Se parece razoável dizer que a dor do condenado será menos aparente, menos espetacular, duvidoso seria afirmar que essa dor será menor. Veja-se: FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Em especial a segunda parte: Punição.

⁷ HONDERICH, Ted. **Punishment: the supposed justifications**. p. 11

⁸ Idem. p. 11 e 14 (tradução nossa).

Punir é impor a privação de algo a alguém, pois esse alguém propositadamente causou um mal, sob circunstâncias e modos em que convém sua desaprovação pelo seu mal. Tratar o ofensor como um malfeitor (*wrongdoer*), como apontou Richard Wasserstrom (1980), é a ideia central da punição⁹.

Andrew von HIRSCH, assim, fala em privação, mas não deixa de afirmar que a causa desta privação é um mal, o qual será devolvido com outro mal- a dor, o sofrimento da pena.

Tomando a pena sob esta perspectiva, deve-se admitir, na sequência, que ela, levada ao âmbito de instituição política e social, adquire um imperativo bastante particular de justificação.

Ora, se a pena é, em essência, dor, deve haver, necessariamente, um motivo bastante forte para sustentá-la como aceitável na sociedade. Tanto maior é essa necessidade se a vincularmos uma atividade de um organismo estatal, o qual é, em seu núcleo, uma associação entre homens. Vista dessa forma, a pena é tanto uma instituição social, como política.

Nesse raciocínio, a pena se vê envolta com a seguinte questão: como pode uma organização formada pela própria sociedade justificar que a alguns de seus membros seja (seguindo HONDERICH) imposto um sofrimento deliberado e evitável?

Estamos claramente diante de uma questão moral. Há, para a pena, como instituição, uma necessidade de justificação à qual Richard W. BURGH¹⁰ atribui uma importância não observável em outras instituições políticas.

A mesma ideia está presente em K. G. AMRSTRONG, com ainda mais contundência:

Porque se deve sustentar que essa prática, em particular, requer uma justificação moral, quando, no caso de inúmeras outras práticas (...), não sentimos que a questão sequer se proponha? Claramente porque punição envolve a imposição deliberada de dor, aflição de algum tipo, normalmente

⁹ von HIRSCH, Andrew. **Proportionate Sentence**: a desert perspective. In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing**. Readings on theory and policy. p. 116 (tradução nossa).

¹⁰ BURGH, Richard. W.. **Do guilty deserve to be punished?**. p. 193

contra a vontade de quem a recebe, existindo contra isso uma objeção moral *prima facie*, cuja superação exige justificação ¹¹.

De forma mais pragmática, BUSATO ¹² vincula a necessidade de justificação da pena ao momento em que se completa a formação do Estado moderno, com a ascensão do princípio da legalidade. Como consequência, surgiriam formas discursivas de justificação das penas a partir do condicionamento da atividade do soberano.

De qualquer forma, qualquer teoria da pena se reportará ao problema de que, de alguma maneira, devem ser encontrados pressupostos suficientes para justificar uma atividade humana na qual homens associados a um Estado apliquem um mal a alguns de seus semelhantes ¹³.

Ainda, importante dizer que afirmar essa necessidade de justificação constitui, por si só, uma consequência de uma avaliação moral. Não é, de forma alguma, uma noção neutra, uma vez que deriva, como se verá, de uma ideia política definida. Isto fica claro no dizer de HONDERICH ¹⁴: “A afirmação geral de que não se pode olhar para a punição a não ser como necessitando de justificação é, por si só, um julgamento de natureza moral.”

É preciso ter em mente, por fim, quão sensível e difícil é procurar uma resposta para esse problema, uma vez que se deixou claro o caráter inafastável da dor e do sofrimento da pena. Anabela Miranda RODRIGUES esclarece da seguinte forma:

A pena é, sem dúvida, quer do ponto de vista moral quer social, a mais relevante das reações jurídicas. Trata-se do meio mais enérgico ao dispor do poder instituído para assegurar a convivência pacífica dos cidadãos em sociedade, mas é simultaneamente o que toca mais de perto a sua liberdade, segurança e dignidade. Exactamente (sic) aquele crédito e este peculiar significado explicam a razão pela qual a pena tem sido objeto de aprofundada investigação mesmo no domínio das reflexões filosóficas, quer quanto aos seus fundamentos, quer quanto aos fins que mediante ela se visam atingir ¹⁵.

¹¹ ARMSTRONG, K. G. **The retributivist hits back**. In: ACTON, H. B.. **The philosophy of punishment**. p. 141 (tradução nossa).

¹² BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. p. 210.

¹³ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena preventiva de liberdade** (os critérios da culpa e prevenção). p. 152.

¹⁴ HONDERICH, Ted. Op. Cit. p. 12 (tradução nossa).

¹⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. p. 152.

Em síntese, estamos diante de um problema de justificação bastante peculiar. Seguindo David BOONIN, podemos cercá-lo de três afirmações diversas. Em primeiro lugar, a atividade de apenar exige que haja uma distinção entre os cidadãos de um Estado- “envolve traçar uma linha entre dois grupos de pessoas e tratar os membros de um dos grupos de modo bem distinto dos membros do outro”¹⁶. Em segundo lugar, deve ficar claro que este tratamento diferenciado, no caso da pena, envolve infligir dor a um destes grupos de pessoas¹⁷. Por último, não só esta medida envolve causar dor, mas esta dor é provocada intencionalmente¹⁸.

¹⁶ BOONIN, David. **The problem of punishment**. p. 28.

¹⁷ BOONIN, David. Op. Cit. p. 28.

¹⁸ BOONIN, David. Op. Cit. p. 28.

3. AS RESPOSTAS TRADICIONAIS AO PROBLEMA.

Antes de iniciarmos a exposição das principais respostas ao dilema que se impõe pela natureza especial da pena, é preciso ter em mente que invariavelmente estaremos cometendo reduções (algumas imperdoáveis ¹⁹), seja por questões de espaço e acesso a bibliografia, seja pelo modo como o conteúdo deste estudo se apresenta. Como dito, está-se lidando com uma reflexão bastante delicada, a qual parece se ramificar em posições tão distintas e numerosas quanto é o número de autores que sobre ela se debruçam.

Deste modo, o que se pretende é tão somente iniciar uma exposição, sabendo-a limitada.

Superado esse alerta, podemos dizer que a pretensão nesse momento é a de nos aproximarmos do problema da justificação das penas como tradicionalmente se apresenta.

É comum que obras, especialmente as de carácter geral em Direito Penal ²⁰, iniciem seus capítulos sobre a questão com uma clivagem fundamental: de um lado, fala-se em teorias absolutas e, de outro, em teorias relativas da pena.

Anabela Miranda RODRIGUES ²¹ ainda faz referência à clássica fórmula de Sêneca: *quia peccatum est, sed ne peccetur*. Segunda a autora lusitana, a fórmula apresenta exemplarmente a divisão das diversas teorias elaboradas tanto por juristas, como por filósofos que enfrentaram o tema.

Teríamos, seguindo esse raciocínio, em primeiro lugar, teorias preocupadas com o *quia peccatum est*. Este primeiro grupo se atentaria para o passado, uma vez que “tomam em consideração o mal ou o facto (sic) criminoso cometido (...)” ²².

De outro lado, um segundo grupo de teorias tomaria com maior relevância o *ne peccetur*. Deste modo, seria possível afirmar que se preocupam com o futuro,

¹⁹ Dean Clarke se dedica exatamente a mostrar como quase a totalidade dos trabalhos e reflexões sobre as justificações da pena partem de reduções e incompreensões fundamentais acerca das teorias dos autores clássicos: CLARKE, Dean H.. **Justifications for Punishment**, Contemporary Crises, 6:1 (1982:Jan.) p.25-77.

²⁰ Assim, à guisa de exemplo: BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático.**; RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena preventiva de liberdade** (os critérios da culpa e prevenção).; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal-** parte geral.

²¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. Cit. p. 153.

²² RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. Cit. p. 153.

tomando “em consideração o bem, o efeito (finalidade) que pode derivar da pena (...)”

²³.

Também a partir da fórmula de Sêneca, Peter NOLL fala numa antítese entre um direito penal de cunho repressivo e um de cunho preventivo ²⁴.

Por conseguinte, a clássica divisão em teorias absolutas e teorias relativas da pena teria por base a perspectiva a partir da qual se aborda a questão. Teorias absolutas se voltariam ao passado, enquanto teorias relativas demonstrariam uma maior preocupação com os efeitos do fato criminoso, ou seja, com suas consequências futuras.

A divisão nestes termos (teorias absolutas e relativas) é a usualmente adotada por autores nacionais. É o caso, a título de amostra, de Salo de CARVALHO ²⁵ e Paulo Cesar BUSATO ²⁶. Alejandro ALAGIA, Nilo BATISTA, Alejandro SLOKAR e E. Raúl ZAFFARONI ²⁷, em seu Direito Penal Brasileiro, por seu turno, apresentam dois grupos de teorias: as absolutas, derivadas de Kant, e as teorias de prevenção, sejam positivas ou negativas.

Anabela Miranda RODRIGUES ²⁸ traz uma relação de trabalhos de autores portugueses, mostrando que entre estes também prevalecem os que se utilizam da divisão em termos de teorias absolutas/relativas, na forma como o faz Jorge de Figueiredo DIAS ²⁹. Luigi FERRAJOLI ³⁰, por outro lado, fala tanto em teorias relativas e absolutas, como em teorias retributivas e utilitaristas (terminologia esta, que adotaremos). É o caso também de Cezar Roberto BITENCOURT, o qual faz uso de ambas as designações ³¹. Apesar de não vermos nenhum impeditivo insuperável em falar em teorias absolutas e relativas, a apresentada divisão entre teorias que se voltam para o passado e aquelas que se voltam para o futuro será tratada nos seguintes termos: de uma banda, teorias retributivas e, de outra, teorias utilitaristas.

²³ RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. Cit. p. 153.

²⁴ NOLL, Peter. **La fondazione ética della pena**. In: in: EUSEBI, Luciano (org.). **La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel**. Milão. p. 30.

²⁵ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. p.243.

²⁶ BUSATO, Paulo Cesar. Op. Cit. p. 210.

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume- Teoria geral do direito penal. p. 115-116.

²⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. Cit. p. 153.

²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. Tomo I- Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. p. 43-47.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**- Teoria del garantismo penal. Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, volume I: parte geral.

Assim, teorias retributivas equivaleriam às chamadas absolutas, uma vez que abordariam a questão a partir do fato criminoso pretérito, enquanto as teorias utilitaristas se confundiriam com as relativas, pelo fato de se atentarem para as consequências futuras do fato.

A opção pela terminologia retributivas/utilitaristas se justifica em razão da pesquisa ter se focado em autores de língua inglesa, especialmente filósofos, os quais dificilmente se referem a uma divisão entre teorias absolutas/relativas.

A título de exemplo, e se restringindo aos autores mais explorados para este trabalho, falam em retribuição e utilitarismo: Jami L. ANDERSON ³²; H. B. ACTON ³³; Ted HONDERICH ³⁴; Richard W. BURGH ³⁵; David DOLINKO ³⁶; Dean H. CLARKE ³⁷; Michael S. MOORE ³⁸; Andrew ASHWORTH ³⁹; e Andrew von HIRSCH ⁴⁰.

De todo modo, esta opção terminológica não parece trazer nenhuma consequência importante. É, sobretudo, uma forma de facilitar a tradução das ideias dos autores pesquisados.

Voltando ao crucial deste ponto, teríamos, como resposta à grave questão de como justificar a imposição de sofrimento deliberado e voluntário a alguns por parte de um conjunto de pessoas, teorias retributivas e teorias utilitaristas.

A, de algum modo, maçante insistência em repetir o que exatamente entendemos por pena guarda também relação com uma importante ressalva notada por Anabela Miranda RODRIGUES:

Na verdade, vem-se comumente entendendo que as teorias da pena dizem respeito ao problema dos fins das penas. Quando isso é, de facto (sic) um erro: elas nasceram para responder ao problema da justificação do direito de punir ⁴¹.

³² ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 13-25.

³³ ACTON, H. B.. **Introduction:** The philosophy of punishment. In: ACTON, H. B.. **The philosophy of punishment.** p. 9-38.

³⁴ HONDERICH, Ted. Op. Cit.

³⁵ BURGH, Richard W. Op. Cit.

³⁶ DOLINKO, David. **Some thoughts about retributivism.** p. 537-559.

³⁷ CLARKE, Dean H.. **Justifications for Punishment.** p.25-77.

³⁸ MOORE, Michael S.. **The moral worth of retribution.** in: ASHTON, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing.** Readings on theory and policy. p. 110-114

³⁹ ASHWORTH, Andrew. **Desert.** in: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing.** Readings on theory and policy. p. 102-109.

⁴⁰ von HIRSCH, Andrew. Op. Cit.

⁴¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. Cit. p. 154.

O que a ressalva da autora portuguesa revela é que a questão fundamental não é, nem poderá ser, a de encontrar finalidades para a prática de punir. Como citado, fazê-lo é um erro.

Assim procedendo, estaremos, de certa forma, queimando etapas. Como se pretende encontrar finalidades para uma prática sem, primeiramente, fundamentá-la, justificando sua existência? Adiantando alguns pontos do que adiante se dirá, não são poucos os que defendem a pena como retribuição da culpa exatamente por enxergarem nesse caminho a desnecessidade de procurar fins para punir ⁴².

Novamente, as teorias da pena, como resposta ao problema de justificação da prática de punir, sejam elas retributivas ou utilitaristas, se reportam à necessidade de justificar racionalmente a imposição de dor e sofrimento a algumas pessoas.

A mesma preocupação em determinar qual a questão à qual as teorias da pena se reportam se encontra, em termos distintos, em Jeffrie G. MURPHY, o qual se refere às ideias de Marx e Kant para desenhar duas questões diferentes:

Assim, Marx, como Kant, parece preparado para desenhar a importante distinção entre (a) o que seria bom fazer em termos de utilidade e (b) o que temos o direito de fazer. Uma vez que nem sempre temos o direito de fazer o que seria bom, essa distinção é da maior importância moral (tradução livre) ⁴³.

Lidando com os termos de MURPHY, encontrar uma finalidade para a pena seria responder à questão (a)- o que seria bom fazer. No entanto, uma teoria da pena, fundamentalmente, se vê na tentativa de responder à questão (b)- com que direito se apenas. É claro, como filósofo moral, MURPHY pensa nesse direito de punir em termos morais.

De qualquer modo, o que se deve salientar é simples: o ponto de discriminação fundamental entre as respostas retributivas e utilitaristas não está no

⁴² Como um exemplo um pouco caricato do que Ted Honderich (HONDERICH, Ted. Op. Cit. p. 212-216) chama de retributivismo intrínseco, veja-se o artigo de Michael S. Moore: MOORE, Michael S. Op. Cit. p. 110-114.

⁴³ MURPHY, Jeffrie G.. **Marxism and retribution**. p. 220 (tradução nossa).

fato de que raciocinam acerca de questões diferentes, mas sim no fundamento ou fundamentos que reportam como capazes de justificar a prática da pena.

Com efeito, nenhuma teoria da pena pode fugir da questão de como justificar a pena. Se, para além disso, enfrentar o problema de encontrar uma finalidade para a prática penal- algo de bom-, já estaremos falando numa reflexão de ordem distinta.

4. A PENA COMO RETRIBUIÇÃO. AINDA?

O grupo de teorias que justificam a pena com base na ideia de retribuição- aquilo que chamaremos de teorias retributivas- encontra rejeição extremamente forte, particularmente na doutrina penal brasileira.

Não raro, associa-se conceber a pena como retribuição do crime a um indício de barbárie, incapaz de ser compatibilizado com um Direito racional. Juarez Cirino dos SANTOS, nesse aspecto, não poupa palavras:

A sobrevivência histórica da pena *retributiva*- a mais antiga e mais popular *função* atribuída à pena criminal- parece inexplicável para o discurso oficial: a pena como *expição* de culpabilidade lembra suplícios e fogueiras medievais, concebidos para *purificar* a alma do condenado; a pena como *compensação* de culpabilidade atualiza o impulso de vingança do ser humano, tão velho quanto o mundo ⁴⁴.

Igualmente fortes são os termos empregados por Paulo Cesar BUSATO:

De qualquer forma, a fórmula odiosa e maniqueísta do retribucionismo segue existindo como fundamento defendido por alguns autores, apesar da inevitável associação à ideia de vingança, própria de uma barbárie ancestral ⁴⁵.

AMSTRONG ⁴⁶ traça um painel similar, ironicamente mostrando que defender o retributivismo é usado como referência a algo desagradável, sinônimo de um pensamento avidamente conservador ⁴⁷. Numa outra amostra, ARMSTONG expõe o caso de C. S. Lewis, autor que redigiu um artigo em favor de uma ideia retributiva da pena. Lewis, normalmente alguém que teria seus trabalhos publicados

⁴⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 421.

⁴⁵ BUSATO, Paulo Cesar. Op. Cit. p. 222.

⁴⁶ ARMSTRONG, K. G. Op. Cit. 138-139.

⁴⁷ A referência é de um livro de Kingsley Amis, intitulado *Lucky Jim*. Amis descreve uma personagem extremamente desagradável, justapondo adjetivos como conservadora, autoritária, esnobe e... defensora da retributivismo. ARMSTRONG, Op. Cit. 138.

sem dificuldades, só pode ver seu trabalho editado num periódico australiano, em razão de sua proposta não ter sido aceita na Inglaterra ⁴⁸.

Barbárie, suplícios medievais, vingança, etc. Alguém que pela primeira vez põe os olhos sobre tais considerações forçosamente deverá acreditar que entender a pena como retribuição se mostra uma posição há muito superada, legada a uma mera curiosidade histórica ou remanescente apenas em resquícios aparentes num senso-comum irracional.

Tal pessoa, na sequência, certamente concluirá que, em face da manutenção da pena como instituição central em nossas sociedades, justificações capazes de se distanciar da odiosa barbárie da retribuição tenham prevalecido. Justificações estas que moralmente autorizassem a pena, a partir de uma racionalidade compatível com a sensibilidade hodierna.

E, no entanto...

(...) um princípio retributivo 'não pode ser eliminado de nosso pensamento moral', (...) ideias retributivas que, de uma maneira ou de outra são insatisfatórias desde um ponto de vista racional, estão profundamente arraigadas, constituindo parte de nossas vidas. (...)

Contudo,

Não é suficiente assumir o retributivismo como arraigado. O que deve ser assumido também é que (...), certamente, ele, de alguma maneira 'faz sentido' ⁴⁹.

Não bastasse isso, vê-se que essa permanência ainda foi capaz de impulsionar um movimento de retorno:

Historicamente, tem havido duas aproximações para fornecer esta justificação: retributivismo e utilitarismo. Embora, por algum tempo o retributivismo tenha aparentemente perdido força, tem-se notado um ressurgimento em anos recentes ⁵⁰.

Aquela mesma pessoa que supusemos se verá perplexa. De que forma um conjunto de ideias reportado como bárbaro, primitivo e ultrapassado pode

⁴⁸ ARMSTRONG, Op. Cit. 138.

⁴⁹ HONDERICH, Ted. Op. Cit. p. 232 (tradução nossa).

⁵⁰ BURGH, Richard. W.. Op. Cit. p. 194 (tradução nossa).

permanecer “arraigado” e “fazer parte de nossas vidas”? Mais, como esse mesmo conjunto de ideias tem “ressurgido” como base racional para a justificação da prática penal?

Sem adiantar o objeto a ser estudado mais adiante, o que buscamos neste ponto é, em certo sentido, justificar a própria pesquisa- ou, justificar uma pesquisa sobre justificação das penas, apesar da repetição.

Por que estudar um assunto que é tomado, desde logo, como superado? Não seria razoável simplesmente expor as teorias retributivas tal qual o fazem os principais autores em Direito Penal no Brasil- para, em última análise, dizer que o retributivismo é uma forma de pensar ligada a um resquício de barbárie, ainda não domada pela racionalidade jurídica?

Inegavelmente é este o caminho mais suave.

E, no entanto... há algo a mais no retributivismo. Por que razão ideias como as de que alguém “mereceu” sua pena; “fez-se justiça”; ou “pagou pelo que fez” nos soam tão comuns?

Certo, não pode uma investigação acadêmica se pautar pelo que chamamos de senso comum, mas, ao mesmo tempo, parece ser um exercício de fechar os olhos simplesmente ignorar que, de uma forma ou de outra, pensamos na pena como retribuição.

O que se propõe, portanto, nada mais é do que “levar o retributivismo a sério”. Esta atitude, diga-se desde logo, não é nada inovadora- como dito, não só algo mantém o retributivismo arraigado em nossas sociedades, como há uma perceptível tendência de seu fortalecimento recente. Tendência esta que culmina em inúmeras publicações dedicadas a analisar o retributivismo, buscando argumentos tanto para refutar quanto para afirmar sua idoneidade para justificar a imposição de penas ⁵¹.

Nas palavras de um defensor do retributivismo (falando na teoria do “justo merecimento”, provavelmente a principal tese assumida pelo retributivismo mais recente, a ser analisada adiante):

⁵¹ Apenas para ilustrar, tomando os 9 autores citados como aqueles que se utilizam da distinção retributivismo/utilitarismo (ANDERSON; ACTON; HONDERICH; BURGH; DOLINKO; CLARKE; MOORE; ASHWORTH; e von HIRSCH), somente as obras de ACTON e HONDERICH não são exclusivamente dedicadas a debater os argumentos do retributivismo, uma vez que são livros gerais sobre filosofia da pena. Mesmo assim, de todas as teorias justificativas apresentadas nessas duas obras, as retributivas são as que ganham mais tomam espaço. HONDERICH, além disso, redige um post-scriptum que reporta necessário devido ao surgimento de um “novo retributivismo”: HONDERICH, Ted. Op. Cit. 208-244.

A força da teoria do merecimento pode ser reconhecida por sua base na concepção usual de crime e punição; por sua estreita ligação com a teoria política liberal moderna; sua insistência em que o poder estatal deve ser limitado; por seu modelo de indivíduos como autônomos e dotados de escolha; e pela insistência de seus defensores de que os sistemas de determinação de sentenças devem ter finalidades coerentes e sentenças previsíveis⁵².

Deste modo, não se mostra mais tão simples descartar sumariamente os argumentos do retributivismo. Uma teoria que se diz ancorada na teoria política liberal; na limitação do poder punitivo; na dignidade dos indivíduos; e na racionalização das penas, levanta questões, no mínimo, interessantes.

Para tomarmos um destas questões como ponto de partida, pode-se discutir até que ponto assumir um compromisso com uma teoria política liberal é algo desimportante.

Pois falar em liberalismo pode soar estanho. É patente que uma concepção de Estado minimalista, um dos pontos fundamentais do liberalismo político, encontraria atualmente um rótulo de conservadora, especialmente diante da assunção de funções econômico-sociais que o Estado admitiu ao longo do século XX.

Ao se falar em matéria penal, no entanto, essa mesma premissa se encobre de um não desprezível potencial crítico. Não parece absurdo dizer que o liberalismo torna-se um pensamento “radical” quando tomado em termos de Direito Penal.

Isto por que se revela um princípio de intervenção mínima.

E,

(...) se o princípio de intervenção mínima é conservador de um ponto de vista social e econômico, ele é inversamente crítico em matéria penal. Pois aqui o que Estado distribui é um ‘bem negativo’ (Sack, 1968: 469): a pena é um status social estigmatizado⁵³.

⁵² ASHWORTH, Andrew. **Desert**. in: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing**. Readings on theory and policy. p. 107 (tradução nossa).

⁵³ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 15 (tradução nossa).

Esse compromisso das teorias retributivas com a teoria política liberal será posteriormente cotejado com mais atenção. O que se deve sublinhar aqui, é que o fato de que efetivamente há algo a ser analisado nessas propostas.

Ressalte-se, contudo, que a ideia não poderia ser outra que não a de analisar esses argumentos a partir de certa distância crítica.

Isto significa, entre outras cautelas, que analisar os argumentos do retributivismo não implica assumir a pena como um dado, ou seja, pressupor a existência e a imprescindibilidade da sanção penal ⁵⁴. Contudo, o exame, neste trabalho, será principalmente focado na aptidão dos principais argumentos opostos pelos defensores da teoria retributiva da pena, em seus vários modelos.

Assim, o que se procurará responder é se, dentro de um modelo explicativo qualificado como retributivista, encontram-se argumentos capazes de justificar a existência da pena. Duas questões se revelam diante desse objetivo.

Em primeiro lugar, parte-se de uma lógica “interna”, no sentido de que os argumentos propostos são idealmente capazes ou não de sustentar a imposição de penas. Igualmente, impõe-se, indagar se, a partir de um argumento logicamente aceito para justificar a sanção penal, esse mesmo argumento poderá ser mantido em relação à sociedade tomada em sua realidade.

A preocupação maior será a de enfrentar a primeira questão. Quanto à segunda indagação, em que pese não se negar a ela centralidade no debate, far-se-á apenas um esboço de resposta.

⁵⁴ Nesse sentido: CARVALHO, Salo de. Op. Cit. p.244.

5. OS FUNDAMENTOS DO RETRIBUTIVISMO.

Dizer em que bases se sustentam as teorias retributivas não é uma tarefa simples. Isto porque não há uma fórmula a ser seguida e há argumentos tão numerosos como diversificados para acompanhá-las.

Logo, há diferenças nem um pouco desprezíveis entre as várias formas assumidas pelo retributivismo. Assim, apenas para exemplificar, pode-se citar, de um lado, a retribuição fundada na ideia de anulação dialética do crime, desenhada por HEGEL, para quem a pena nega o crime, entendido, este, como negação do Direito ⁵⁵; e, de outro, a concepção de Jean HAMPTON, a qual se funda na pena como a derrota do ofensor pelas mãos da vítima (representada pelo Estado) ⁵⁶.

Em ambas as teorias dificilmente alguém poderá ver equivalência. As duas, no entanto, são tidas por inquestionavelmente retributivas. Diferem, mesmo assim, no próprio fundamento de justificação da pena (numa é o Direito, derivado da Ideia, que é negado pelo crime e que precisa ser restaurado ⁵⁷; enquanto na outra é a subjugação da vítima praticada pelo ofensor que deverá ser negada ⁵⁸).

A tarefa de encontrar os fundamentos do retributivismo, por conseguinte, não pode ignorar que há diversas teorias retributivas- retributivismos, se quisermos.

Não pode, contudo, esta multiplicidade de teorias servir de justificativa para não traçarmos um painel que exiba, em linhas gerais, o que faz com que uma teoria de justificação da pena possa ser adjetivada de retributiva.

Uma proposta interessante de tal painel é traçada por Jami ANDERSON ⁵⁹, o qual enxerga três pressupostos básicos presentes em qualquer teoria retributiva. Essa proposta parece ser compatível com uma aproximação do que exatamente entenderemos por retributivismo antes de ingressarmos nas diversas teorias que assim poderão ser qualificadas.

Assim, seguindo ANDERSON, teremos que qualquer teoria retributiva deverá concordar com as seguintes noções ⁶⁰:

⁵⁵ CATTANEO, Mario A. **Sulla filosofia penale di Kant e di Hegel**. In: EUSEBI, Luciano (org.). **La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel**. p. 130-131.

⁵⁶ DOLINKO, David. Op. Cit. p. 550.

⁵⁷ CATTANEO, Mario A. Op. Cit. p. 132.

⁵⁸ DOLINKO, David. Op. Cit. p. 550.

⁵⁹ ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 13-15.

⁶⁰ Ressalte-se que Jami L. Anderson trabalha com a ideia de princípios. Entendemos que este termo é por demais carregado semanticamente, de modo que aqui, quando nos referirmos a princípios (para

a) Princípio da Transgressão Intencional (*Principle of Willful Wrongdoing*).

Em primeiro lugar ANDERSON fala num Princípio de Transgressão Intencional (*Principle of Willful Wrongdoing* ⁶¹), o qual exige que a pena só seja imposta àqueles que agiram intencionalmente mal. Sem nos reportamos a uma maior precisão nos termos da Dogmática Penal, pode-se dizer que há aqui uma exigência de culpabilidade.

Como consequência, a reprovabilidade do ato ao qual se atribui uma pena só pode se fundar num ato de livre vontade. Excluem-se, portanto, atos involuntários, bem como atos praticados por sujeitos inimputáveis- a exemplo de crianças e animais. No dizer de ANDERSON, ainda, quaisquer medidas tomadas contra estes sujeitos não poderão ser chamadas propriamente de pena ⁶².

Esta ideia parece ser o principal argumento utilizado pelos defensores do retributivismo para desqualificar formas utilitaristas de justificação, particularmente aquelas qualificadas como *deterrence theories*, próximas do que chamaríamos de teorias da prevenção ⁶³. Argumentam, assim, que justificar a pena em termos utilitaristas é o mesmo que legitimar a punição de inocentes, crianças e doentes mentais, quando fazê-lo trouxer benefícios à sociedade ⁶⁴. J. D. MABBOTT, em sua defesa da teoria retributiva, faz este tipo de acusação ⁶⁵.

Essa espécie de argumento, como bem nota Dean CLARKE, é típico do que chama de “debate vulgar”. É antes uma tentativa de “vulgarizar” as teorias

não fugir muito da terminologia empregado pelo autor), não estaremos querendo dizer nada além de uma “noção”, “ideia” (“*claim*”).

⁶¹ ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 13.

⁶² ANDERSON, Jami L. Op. Cit. p. 14.

⁶³ CLARKE, Dean H.. Op. Cit. p. 26-27

⁶⁴ Conferir a citação aportada por D. Clarke, como exemplo comum da forma como retributivistas trabalham este argumento: CLARKE, Dean H.. Op. Cit. p. 27.

⁶⁵ MABBOTT, J. D. **Punishment**. In: ACTON, H. B.. **The philosophy of punishment**. p. 39-54.

utilitaristas, apelando a um sentido absurdo (punir inocentes, por exemplo ⁶⁶), do que um verdadeiro debate de ideias. É um debate caracterizado por sua esterilidade ⁶⁷.

De qualquer modo, o que o Princípio da Transgressão Intencional sublinha é a impossibilidade, para qualquer teoria retributiva, de pensar em pena para sujeitos não passíveis de ser responsabilizados. É esta a primeira e mais fundamental condição para aplicação da pena: “Nos é dado como primeira razão para punir o fato de que algum ser humano agiu de forma culpável ⁶⁸”; ou: “Não há pena sem culpa. Isto é uma afirmação lógica ou verbal, mas ela vai ao encontro da demanda retributiva de que a pena requer que a dor seja imposta pela culpa ⁶⁹.”

b) Princípio da Proporcionalidade.

Como segunda noção comum às teorias retributivas, ANDERSON aponta o Princípio da Proporcionalidade ⁷⁰. É, em linhas gerais, a ideia de que de alguma forma a pena deve ser adequada à gravidade do crime.

Numa apurada definição de Andrew von HIRSCH:

O princípio da proporcionalidade demanda que a severidade das penas seja determinada com referência à seriedade dos crimes. Isso significa que precisamos de um meio de unir os dois predicados- seriedade do crime e severidade da pena ⁷¹.

Para um retributivista, esta adequação deriva da própria vontade do agente: “a forma e o grau da punição vêm diretamente da vontade do criminoso: querendo o crime, demonstra querer a própria punição ⁷²”.

⁶⁶ Curiosamente, é um autor visto como retributivista que sustenta uma posição desse naipe:

“Não obstante Bradley [F. H. Bradley, filósofo idealista britânico] ser tomado como um defensor da retribuição, argumentou ele no seu artigo de 1894 que ela pode ser superada em nome do interesse público, de forma que um homem inocente poderia ser legalmente punido, ainda que isto fosse injusto. Seria, diz Bradley, um caso em que um princípio moral superior superaria um inferior.” In: ACTON, H. B.. Op. Cit. p. 16.

⁶⁷ CLARKE, Dean H.. Op. Cit. p. 27.

⁶⁸ HONDERICH, Ted. Op. Cit. p. 42.

⁶⁹ ACTON, H. B.. Op. Cit. p. 25.

⁷⁰ ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 14.

⁷¹ von HIRSCH, Andrew. **Seriousness, Severity and the Living Standard**. In: ASHTON, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing**. Readings on theory and policy. p. 143 (tradução nossa).

⁷² ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 14 (tradução nossa).

Tem-se que deverá existir uma inescapável relação entre o ato punível e a pena imposta. Ou, posto de outra forma, entre a culpabilidade presente no comportamento do agente (com respeito ao Princípio da Transgressão Voluntária) e a força da pena.

Como exigência desse princípio, uma suposta equivalência deverá ser buscada. Particularmente, a forma como é apontada para se atingir a proporcionalidade é um forte ponto de diferenciação das diversas teorias retributivas⁷³.

Assim, para KANT:

(...) somente a lei de talião (*ius talionis*)- entendida, é claro, como aplicada por um tribunal (não por teu julgamento particular)- é capaz de especificar definitivamente a qualidade e a quantidade de punição; todos os demais princípios são flutuantes e inadequados a uma sentença de pura e estrita justiça, pois neles estão combinadas considerações estranhas⁷⁴.

Enquanto um retributivista contemporâneo como von HIRSCH propõe que a adequação da pena é um julgamento comparativo com outras situações semelhantes⁷⁵, chegando a pensar na extensão da gravidade do crime a partir das condições de vida dos envolvidos⁷⁶. Nada mais distante da abstração do talião kantiano.

É também na forma como as teorias retributivas procuram a proporcionalidade das penas que o retributivismo recebe mais críticas. Isto porque, medir a responsabilidade de um agente, de forma a reconhecer a extensão de sua culpabilidade e, na sequência, encontrar a pena que sua vontade lhe “trouxe”, não é uma operação simples. Alerta HONDERICH, nesse aspecto, que:

para conhecer adequadamente a responsabilidade de um homem, nos é dito, teríamos de recorrer a conhecimentos introspectivos de seu estado mental no momento do crime. Não podemos adentrar sua consciência. Na

⁷³ ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 14.

⁷⁴ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. p. 175.

⁷⁵ von HIRSCH, Andrew. Op. Cit. p. 143.

⁷⁶ von HIRSCH, Andrew. Op. Cit. p. 144-145.

necessária falta disso, restam-nos seus relatos, os quais são falíveis e potencialmente desonestos ⁷⁷.

Claro, pode-se responder que colocar o problema nesses termos é estabelecer um padrão alto demais para ser alcançado, ao que HONDERICH responde com a necessidade de estabelecer critérios minimamente seguros para analisar objetivamente a culpabilidade ⁷⁸. Que critérios seriam esses permanece sendo uma pergunta que merece atenção- basta ver que a mesma dificuldade é encontrada em qualquer tratado de Direito Penal.

HONDERICH se esquivava afirmando que barreiras deste tipo não chegam a ser capazes de objetar as teorias retributivas ⁷⁹, uma vez que seriam dificuldades de ordem prática que não desqualificam a validade da reflexão.

c) Princípio da Justiça Inerente (*Inherent Justice Principle*)

Como última noção básica do retributivismo, ANDERSON aponta um Princípio da Justiça Inerente (*Inherent Justice Principle*) ⁸⁰. É, de uma maneira geral, uma afirmação de que a pena só poderá ser justificada com base em razões não-consequencialistas.

Significa dizer que, ao contrário de teorias utilitaristas, não seriam os benefícios da pena capazes de justificá-la. Isto é, um retributivista é alguém que, de alguma forma, justifica a punição apelando para a ideia de que o criminoso merece a pena ⁸¹, como uma medida justa.

Michael S. MOORE, de forma um pouco crua, afirma: “O retributivismo é uma teoria da pena bastante direta: a pena se justifica, porque, e somente porque, o ofensor a mereceu” ⁸².

Certamente versões mais robustas e diretas do retributivismo seriam compatíveis com tal afirmação- pense-se na célebre passagem de KANT: “[A

⁷⁷ HONDERICH, Ted. Op. Cit. p. 37 (tradução nossa).

⁷⁸ HONDERICH, Ted. Op. Cit. p. 37.

⁷⁹ HONDERICH, Ted. Op. Cit. p. 38.

⁸⁰ ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 14.

⁸¹ DOLINKO, David. Op. Cit. p. 542.

⁸² MOORE Michael S.. Op. Cit. p. 110 (tradução nossa).

punição] precisa sempre ser a ele [criminoso] infligida somente porque *ele cometeu um crime (...)*”⁸³.

Sequer mencionar alguma utilidade para a pena é, no entender de muitos críticos do retributivismo, deixar transparecer um utilitarismo velado⁸⁴. Assim, este retributivista “puro” se vê na obrigação de defender a pena por ela mesma, sendo, exatamente por isso, acusado de praticar um raciocínio circular⁸⁵ e qualquer resposta será novamente denunciada como um modo de pensar utilitarista. É esta a essência do que Dean CLARKE chama de “debate vulgar”⁸⁶.

Não é este o sentido que se quer sublinhar por enquanto. A noção de “justiça inerente” parece mais adequadamente posta em uma característica mais geral. Aponta na direção de afirmar que teremos como denominador comum para as diversas teorias com bases retributivistas a ideia de que “aquilo que justifica a pena continua a ser reconhecido na sua *justiça*, não na sua *utilidade*”⁸⁷.

Vê-se, assim, o porquê de CLARKE qualificar como estéril⁸⁸ o argumento de que refletir nas finalidades da pena denuncia um raciocínio utilitarista. Como já dito, há aqui uma confusão básica entre a justificação da pena e suas (possíveis) finalidades⁸⁹.

O princípio apontado por ANDERSON, para concluir, se liga também à anterior noção do Princípio da Transgressão Intencional (*Principle of Willful Wrongdoing*). A ideia de uma “justiça inerente” na pena está fundada na conclusão de que o fato do transgressor ter agido com culpabilidade é, direta ou indiretamente, a justificativa para puni-lo⁹⁰.

Para ANDERSON são estas três as noções básicas do retributivismo (Princípio da Transgressão Intencional; Princípio da Proporcionalidade; e Princípio da Justiça Inerente), ou o que o autor chama de “modelo retributivista básico”⁹¹. A presença destas três ideias é o que demarca o que entenderemos por teorias retributivas da pena. O modo como são trabalhadas, a força atribuída a cada ideia e

⁸³ KANT, Immanuel. Op. Cit. p. 174.

⁸⁴ CLARKE, Dean H.. Op. Cit. p. 27.

⁸⁵ HONDERICH, Ted. Op. Cit. p. 212.

⁸⁶ CLARKE, Dean H.. Op. Cit. p. 26-29.

⁸⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. Cit. p. 161-162.

⁸⁸ CLARKE, Dean H.. Op. Cit. p. 27.

⁸⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. Cit. p. 152-156.

⁹⁰ ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 14.

⁹¹ ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 13.

a associação a noções diversas é o que diferenciaria uma teoria retributiva das demais.

d) Princípio da Necessidade da Pena.

Junto às três noções básicas do retributivismo, ANDERSON ainda se refere àquela que caracterizará o que chama de “modelo severo” da retribuição ⁹². Este “modelo severo” adotará o Princípio da Necessidade da Pena.

Basicamente, é a afirmação de que não só a pena é justificável em termos de justiça, mas a mesma justiça a torna uma obrigação. Assim, se qualquer modelo retributivista vê culpabilidade como razão necessária e suficiente para punir, este “modelo severo” adiciona uma obrigatoriedade. É o que defende, por exemplo, M. MOORE:

Essa justificação dá à sociedade mais do que um mero direito de punir ofensores culpáveis. Ela o faz, ao tornar injusto não puni-los. Mas o retributivismo vai além disso: para um retributivista, a culpabilidade moral de um ofensor também dá à sociedade o *dever* de punir ⁹³.

Na conhecida e já, até certo ponto, banalizada passagem dos habitantes de uma ilha hipotética, KANT coaduna com esta ideia, sublinhando que injustiça haveria caso algum culpado deixasse de ser punido:

Mesmo se uma sociedade civil tivesse que ser dissolvida pelo assentimento de todos os seus membros (por exemplo, se um povo habitante de uma ilha decidisse separar-se e se dispersar pelo mundo), o último assassino restante na prisão teria, primeiro, que ser executado, de modo que cada um a ele fizesse o merecido por suas ações, e a culpa sanguínea não se vinculasse ao povo por ter negligenciado essa punição, uma vez que de outra maneira o povo pode ser considerado como colaborador nessa violação pública da justiça ⁹⁴.

⁹² ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 14.

⁹³ MOORE Michael S.. Op. Cit. p. 110 (tradução nossa).

⁹⁴ KANT. Immanuel. Op. Cit. p. 176.

Teremos, assim, concluído um modelo de básico de retributivismo. Toda teoria retributivista, seguindo este modelo, entenderá que (a) a pena só poderá ser imposta a um agente culpável; (b) a pena deve guardar uma relação de proporcionalidade com a gravidade da ação e a extensão da culpabilidade do agente; e (c) a pena se justifica com base em um julgamento de justiça, e não com base em suas eventuais finalidades. Para além, um “modelo severo” de retribuição entenderá que (d) a pena não é apenas justificada em termos de justiça, mas é também obrigatória.

Sumariza ANDERSON:

Qualquer teoria retributiva observa os princípios do WW [*willfull wrongdoing*- transgressão intencional], PP [princípio da proporcionalidade] e IJ [*inherent justice*- justiça inerente], mesmo que seja para atender outras preocupações, sendo que as versões mais famosas ainda observam o NP [*necessity of punishment*- necessidade da pena]⁹⁵.

⁹⁵ ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 15 (tradução nossa).

6. A FILOSOFIA PENAL DE KANT E A TRADIÇÃO LIBERAL DO RETRIBUTIVISMO.

Desenhado um quadro básico do que consideraremos como retributivismo, passaremos (de maneira um pouco abrupta, nos parece) a expor aquele que se mostra o mais elaborado modelo ⁹⁶ deste grupo de teorias de justificação das penas, bem como aquele que continua a exercer a maior influência, seja direta ou indiretamente, na forma como se pensa na pena como retribuição: a filosofia de Immanuel KANT.

Dois aspectos, destacados por Alvaro PIRES ⁹⁷ dão a dimensão desse lugar do pensamento de KANT na filosofia penal. Em primeiro lugar, a obra do filósofo alemão ainda é uma referência contínua dentro da reflexão do Direito Penal. De outra parte, a teoria da pena kantiana está profundamente arraigada no modo como se construiu a racionalidade penal contemporânea.

Diante desta permanência, cabe questionar quais as razões para que um modelo gestado “num tempo cujas fronteiras o Iluminismo lhe demarca” ⁹⁸ ainda seja alocado nessa posição de centralidade.

PIRES indica que a maior parte dos autores que refletem sobre as teorias da pena ainda apontam para KANT e para sua teoria da pena como a principal força de oposição às teorias utilitaristas ⁹⁹. São prova disso o que registram Anabela Miranda RODRIGUES ¹⁰⁰ e Paulo Cesar BUSATO ¹⁰¹, no sentido de que o pensamento de KANT vai diretamente de encontro ao pensamento utilitarista, sendo forçoso reconhecer seus méritos em “coagir à defensiva o direito penal preventivo” ¹⁰². Também Mario CATTANEO enxerga no “refuto da concepção utilitarista da pena, que sacrifica os direitos individuais ao interesse geral da sociedade (...)” ¹⁰³ a melhor e mais importante contribuição dada por KANT ao Direito Penal.

⁹⁶ Na expressão de Egênio Raul Zaffaroni, em seu **Em busca das penas perdidas**: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. A perda de legitimidade do sistema penal. p. 81.

⁹⁷ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 5.

⁹⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. Cit. p. 163.

⁹⁹ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 6.

¹⁰⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. Cit. p. 163.

¹⁰¹ BUSATO, Paulo Cesar. Op. Cit. p. 220.

¹⁰² RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. Cit. p. 163.

¹⁰³ CATTANEO, Mario A. Op. Cit. 118 (tradução nossa).

O que intérpretes que se voltam a esse ponto costumam fazer é uma oposição entre quatro filósofos clássicos: de um lado se fala no retributivismo de KANT e HEGEL e, de outro, do utilitarismo de BENTHAM e MILL.

Assim, se opõe a uma filosofia que se preocupa com o exame das consequências (utilitarismo) a uma que centra na busca de um fundamento ético exclusivamente metafísico, sem lugar para a experiência concreta ¹⁰⁴. Em que pese estarmos nos repetindo, o “debate vulgar” de Dean CLARKE ¹⁰⁵ tem aqui sua origem. KANT nos é, nesses termos, apresentado como o grande representante do retributivismo, não exatamente por sua própria teoria, mas como opositor de pensadores utilitaristas.

O que salta aos olhos, diante dessas afirmações é que o espaço que KANT dedica à construção de uma filosofia da pena propriamente dita é extremamente enxuto. O filósofo reputado como representante de maior peso na oposição às teorias utilitaristas da pena não dedica mais que poucas páginas em sua **A metafísica dos costumes** ¹⁰⁶ à questão, além de sequer se referir ao termo “retribuição”.

Com tudo isso, parece possível afirmar que a teoria da pena de KANT se mostra surpreendentemente pouco desenvolvida diante da influência que exerce (o que explica um pouco da irritante reprodução de citações idênticas em qualquer trabalho sobre o tema- tradição à qual, infelizmente, não poderemos fugir).

O caminho que tentaremos seguir será o de procurar os pontos-chave na filosofia de KANT que ainda fazem de seu pensamento um marco fundamental para qualquer reflexão sobre a pena. Com base em que aspectos ainda não é possível, ao contrário do que quer Ulrich KLUG, dar adeus a KANT no campo da teoria da pena ¹⁰⁷?

Para tanto, seguiremos as interessantes pistas deixadas por Alvares PIREZ ¹⁰⁸, o qual procura cotejar a teoria kantiana da pena propriamente dita com aspectos mais gerais de sua filosofia, especialmente naquilo que diz respeito a uma filosofia

¹⁰⁴ PIREZ, Alvaro P.. Op. Cit. p. 7.

¹⁰⁵ CLARKE, Dean H.. Op. Cit. p. 26-29.

¹⁰⁶ KANT, Immanuel. Op. Cit. p. 174-181.

¹⁰⁷ KLUG, Ulrich. **Il commiato da Kant e da Hegel**. In: EUSEBI, Luciano (org.). **La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel**. p. 4.

Diz Günther Statenwerth: “El ‘Adiós a Kant y a Hegel’, proclamado ya em 1968 por Ulrich Klug, por ahora no há tenido lugar.” STRATENWERTH, Günther. **?Qué aporta La teoría de los fines de la pena?** p. 14.

¹⁰⁸ PIREZ, Alvaro P.. Op. Cit. p. 5.

política. Nesse caminho, tentaremos demonstrar quão vinculado está o pensamento de KANT a uma tradição política liberal, especialmente na vertente contratualista e, na sequência do trabalho, como esta tradição não pode ser ignorada em filósofos que pensam o retribucionismo contemporaneamente.

Um seguro primeiro passo nessa tentativa está em verificar no que consiste propriamente a teoria da pena de KANT.

6.1. A TEORIA DA PENA EM KANT.

Como já mencionado, o pouco que KANT trabalha para construir uma teoria da pena está na **Metafísica dos costumes** e, especificamente numa pequena parte da **Doutrina do Direito** intitulada **Do direito de punir e conceder clemência** ¹⁰⁹, além de um pequeno apêndice chamado de **Discussão complementar do conceito do direito de punir** ¹¹⁰.

KANT começa por dizer que “o direito de punir é o direito detido por um chefe de Estado relativo a um súdito de infringir-lhe dor por este ter cometido um crime” ¹¹¹. Vê-se que esta definição não conflita com aquilo que havíamos refletido sobre a pena.

De todo modo, esta definição se mostra antes uma consequência do desenvolvimento de um raciocínio de KANT do que um ponto de partida. A força que dá o primeiro impulso a esse pensamento parece estar num aspecto central de sua teoria da pena: a ideia de dignidade humana. Assim:

A doutrina da pena de Kant, como por ele elaborada na *Doutrina do Direito*, encontrada na primeira parte da *Metafísica dos costumes* parece, sobretudo, caracterizada pela tentativa de aplicar, ao problema do Direito Penal, a segunda formulação do imperativo categórico, vale dizer o princípio do respeito pela dignidade do homem, o valor da humanidade como fim em si mesmo ¹¹².

¹⁰⁹ KANT, Immanuel. Op. Cit. 174-180.

¹¹⁰ KANT, Immanuel. Op. Cit. p. 205

¹¹¹ KANT, Immanuel. Op. Cit. p. 174.

¹¹² CATTANEO, Mario A. Op. Cit. p. 118 (tradução nossa).

Dessa tentativa, KANT extrairá que a pena deve ser aplicada ao criminoso apenas “porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisas: sua personalidade inata o protege disso (...)” ¹¹³. É a conclusão clara de que a humanidade do criminoso lhe reserva não ser visto ou tratado diferentemente do que aquilo que ele é: um ser humano.

Aqui o que chamamos de Justiça Inerente ¹¹⁴ como princípio para a pena faz sentido, de modo que, como respeito à pessoa, não ser a pena justificada com base em consequências e utilidades é uma obrigação. De forma coerente, com “a solução kantiana, o que fica desacreditado é, assim, o projecto (sic) de um direito penal fundado na sua utilidade ¹¹⁵”.

Este entendimento, contudo, assume um importante pressuposto. A Justiça na punição só se revela quando um homem é considerado punível ¹¹⁶, de modo que há uma anterior exigência de culpabilidade- como decorrência da ideia de que puníveis são apenas os atos praticados com intencionalidade. Faz-se presente aqui, de modo evidente, o Princípio da Transgressão Intencional ¹¹⁷.

Em KANT, este Princípio da Transgressão Intencional ganha ainda mais relevância, pois guarda uma relação estreita com o que vimos ser o principal elemento de sua teoria da pena, ou seja, a dignidade humana. Isto porque, a concepção de dignidade não pode se afastar de uma noção de homem como agente capaz de tomar decisões racionais, num espaço de liberdade ¹¹⁸.

Significa dizer que, para justificar a pena com base numa Justiça Inerente, KANT necessariamente concebe o homem como capaz de exprimir vontades livres e racionais, e entendê-lo desse modo é respeitar a sua dignidade.

PIRES ressalta:

(...) quero chamar a atenção para o fato de que a teoria da retribuição de Kant exige uma certa concepção de liberdade humana, a qual não é necessária nos termos de uma teoria utilitarista da dissuasão. Há, nesse

¹¹³ KANT, Immanuel. Op. Cit. p. 174-175.

¹¹⁴ ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 14.

¹¹⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. Cit. p. 164.

¹¹⁶ KANT, Immanuel. Op. Cit. p. 175.

¹¹⁷ ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 13.

¹¹⁸ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. 34.

sentido, uma ligação intrínseca entre sua teoria retributiva e sua concepção de liberdade ¹¹⁹.

Também:

(...) sublinharei que uma teoria retributiva da pena criminal não saberia se conservar sem aceitar plenamente uma ideia radical da vontade livre, que coloca entre parênteses a vida social, cultural e psicológica dos indivíduos ¹²⁰.

Para sustentar sua teoria, portanto, KANT se defronta com a exigência de conceber um homem dotado de liberdade. O que significará esta liberdade na filosofia kantiana é um ponto extremamente rico em sua obra, de modo que o pouco que se dirá aqui será um apenas para apontar a direção de seu pensamento na construção de sua teoria da pena.

Segundo KANT, o ser humano é dotado de uma natureza dual, exprimida nos conceitos de um homem animal e um homem racional, sendo que somente ao homem pode ser atribuída a razão; só o homem é dotado de uma vontade livre- é a única criatura racional sobre a Terra ¹²¹.

O aspecto racional de sua natureza permite ao homem um espaço de autodeterminação, independente da causalidade de eventos da natureza. Tão somente ao homem, devido à sua própria natureza, é possível interromper uma cadeia de eventos naturais e iniciar outra, de acordo com sua vontade ¹²². É característica exclusiva do homem, portanto, o fato de possuir “em si um modo de se determinar superior ao da causalidade animal” ¹²³.

Esta vontade, livre e racional, é o fundamento de qualquer princípio moral. Pois,

A vontade aparece como elemento central da filosofia de Kant. Em torno dela gira sua concepção ética. Para Kant, essa vontade consiste na capacidade de o ser racional agir segundo a representação de leis, isto é, de princípios. Trata-se da vontade que estabelece máximas de conduta, e a

¹¹⁹ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 34 (tradução nossa).

¹²⁰ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 35 (tradução nossa).

¹²¹ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 35.

¹²² PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 36.

¹²³ DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. p. 138.

validade dessas leis ditadas pela razão prática é obtida pelo critério da universalidade ¹²⁴.

Não só KANT “coloca entre parênteses a vida social, cultural e psicológica dos indivíduos” ¹²⁵, como a vontade autônoma jamais será mediada por elementos externos- como interesse, felicidade, e prazer ¹²⁶:

Como os filósofos do século XVIII, ele [Kant] parte do senso comum, que reconhece a universalidade de uma obrigação moral. Deduz duas consequências: a de que esta lei deve ser universal e necessária; a de que o sujeito deve ser livre para poder cumprir com tal obrigação à qual ele se vê compelido. Essa universalidade e essa moral da lei afastam o interesse, o prazer, os quais possuem um objeto particular (...) ¹²⁷.

KANT não pode conceber outro fundamento para sua teoria da pena senão o homem, na forma como o concebe em toda sua obra, isto é, como ser livre e racional. Diante disso, formula um raciocínio que deve guardar coerência com tal pressuposto. Daí a presença inescapável dos Princípios da Transgressão Voluntária e da Justiça Inerente. PIRES se refere a um Princípio da Vontade Livre e Racional (*Principe de la volonté libre e rationnelle* ¹²⁸) como um dos fundamentos da teoria da pena kantiana.

Vê-se que a construção de KANT se encaixa perfeitamente no quadro que desenhamos para o retributivismo, de forma que, de um lado, toma o ser humano como racional, portanto, dotado de liberdade, e, de outro, nega que a pena possa ser justificada por razões consequencialistas. Ambos os aspectos guardam coerência com a tentativa erigir uma teoria capaz de conceber o homem como um fim em si mesmo ¹²⁹. Estão aqui, ao que parece, os maiores méritos da teoria da pena de KANT.

¹²⁴ LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia da libertação e Direito alternativo. p. 65.

¹²⁵ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. 35 (tradução nossa).

¹²⁶ LUDWIG, Celso Luiz. Op. Cit. p. 65.

¹²⁷ ATGER, Frédéric. **Essai sur l’histoire des doctrines du contrat social**. p. 336-337 (tradução nossa).

¹²⁸ Ver quadro: PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. 27.

¹²⁹ CATTANEO, Mario A. Op. Cit. p. 118.

Dois aspectos não menos importantes do modelo kantiano, no entanto, chamam a atenção de outra maneira.

Em primeiro lugar, a maneira como KANT concebe a forma e a quantificação da pena, não vendo outra forma senão a lei do talião ¹³⁰. Por último, o fato de, em sua teoria da pena, haver uma verdadeira obrigação moral de punir ¹³¹.

Note-se, desde logo, que estes dois aspectos não fogem também do quadro em que fundamentamos o retributivismo- são expressões do Princípio da Proporcionalidade e do Princípio da Necessidade da Punição ¹³²; nos termos de PIRES: Princípios da analogia e proporcionalidade imperativa (*Principes de l'analogie et de la proporcionalité impérative* ¹³³) e Princípio da obrigação moral absoluta de punir (*Principe de l'obligation morale absolue de punir* ¹³⁴).

Começemos por desenhar como KANT pensa a respeito da quantidade e a qualidade da pena. Reflete o filósofo:

Mas que tipo e que quantidade de punição correspondem ao princípio e medida da justiça pública? Nada além do princípio da igualdade (na posição do ponteiro na balança da justiça) inclinar-se não mais para um lado do que para o outro. Em conformidade com isso, seja qual for o mal imerecido que infliges a uma pessoa no seio do povo, o infliges a ti mesmo; se o feres, feres a ti mesmo; se o matas, matas a ti mesmo. Mas somente a lei de talião (*ius talionis*) – entendida, é claro, como aplicada por um tribunal (não por teu julgamento particular)- é capaz de especificar definitivamente a qualidade e a quantidade de punição; todos os demais princípios são flutuantes e inadequados a uma sentença de pura e estrita justiça, pois neles estão combinadas considerações estranhas ¹³⁵.

Segundo PIRES, a primeira função da imagem do talião nessa passagem é uma tentativa de exprimir uma identidade mimética entre a violência causada pelo crime e a violência da Lei. Uma segunda função seria de ordem mais prática, no sentido de fornecer um método para responder ao quanto e qual pena aplicar- aparecem as noções de proporcionalidade e analogia ¹³⁶. Digamos que há, no talião kantiano, uma função simbólica e uma função metodológica.

¹³⁰ KANT, Immanuel. Op. Cit. p. 175.

¹³¹ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 45; também quadro à pagina 27.

¹³² ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 14-15.

¹³³ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 45.

¹³⁴ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 47.

¹³⁵ KANT, Immanuel. Op. Cit. p. 175.

¹³⁶ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 47.

A imagem que mais chama atenção na citação de KANT, entretanto, é a da balança da justiça. É uma imagem que muito revela. Significa que a imagem de justiça que KANT reproduz é de uma figura estática que é desequilibrada pelo peso do crime. Sugere também que há uma operação a ser feita para reestabelecer este equilíbrio. De que forma?

A imagem da balança sugere que não é tão difícil descobrir; o instrumento dará a resposta. É uma mera operação mecânica. Mas o que devemos pesar contra o que? O que exatamente entra no cálculo? O que pagar uma dívida envolve (...)? Paga-se, por exemplo, com juros ¹³⁷?

De alguma maneira, pensamos ainda na Justiça como algo, de uma forma ou de outra, relacionado a reestabelecer o equilíbrio- devolver aquilo que foi tirado; dar algo por aquilo que foi dado. Há um profundo compromisso com noções como equidade, reciprocidade, equilíbrio.

Não é de forma alguma surpreendente que KANT chegue no que muitos qualificam como o pior e moralmente mais baixo momento de toda sua obra ¹³⁸.

Afinal, KANT “só estava reafirmando uma ideia que gozou de uma vida saudável numa vasta variedade de culturas durante milênios” ¹³⁹, pois há nessas culturas uma internalizada balança, tendente a medir o mal e estabelecer um valor para sua compensação ¹⁴⁰.

Apesar da noção de ‘inclinar a balança’ como pedra de toque estar muito presente em nós, a mais antiga e arraigada noção de justiça é uma questão de reestabelecer o equilíbrio, alcançar a equidade, determinar equivalência, realizar reparações, pagar dívidas, fazer vinganças- todas questões de voltar ao zero, igualar ¹⁴¹.

¹³⁷ MILLER, William Ian. **Eye for an eye**. p. 17 (tradução nossa).

¹³⁸ CATTANEO, Mario A. Op. Cit. p. 125.

¹³⁹ MILLER, William Ian. Op. Cit. p. 18 (tradução nossa).

¹⁴⁰ MILLER, William Ian. Op. Cit. p. 18.

¹⁴¹ MILLER, William Ian. Op. Cit. p. 4 (tradução nossa).

E o que KANT tem em mente não é somente um limite para a pena. Seguindo a arraigada tradição de “igualar”, o intento é mais amplo- KANT quer evitar a desproporção entre os crimes e os castigos “em todas as direções” ¹⁴².

Assim, ao invocar o talião bíblico ¹⁴³, KANT estabelece um compromisso com um simbolismo muito forte. Não obstante, este compromisso tem um sentido bastante preciso. Diz respeito a uma ideia de que equacionar precisamente o castigo de acordo com o mal cometido é a única forma de “equilibrar a balança”.

Daí porque “nada além do princípio da igualdade” pode corresponder “ao princípio e medida da justiça pública” ¹⁴⁴. Este “princípio da igualdade” estabelece o que chamamos de função metodológica do talião e esta função é exercida em dois sentidos- na determinação tanto da qualidade, como da quantidade da pena. Isto é, pelo princípio da igualdade, procura KANT responder tanto à pergunta de que maneira devemos punir quanto àquela que demanda um quantum de pena.

Como consequência, surgem os conceitos que PIRES chama de “analogia entre o delito e a pena” e a “proporcionalidade-horizontal-imperativa” ¹⁴⁵.

Pela analogia, procura-se encontrar uma identidade de natureza entre o crime e a pena. KANT, como vimos, não deixa de dar mostras dessa operação: “Se o insultas, insultas a ti mesmo; se furtas dele, furtas de ti mesmo; se o feres, feres a ti mesmo; se o matas, matas a ti mesmo” ¹⁴⁶. Logicamente, portanto, “se (...) ele cometeu um assassinato, terá de morrer” ¹⁴⁷.

Segundo MILLER, esta ideia de identidade entre o mal e o castigo se relaciona com uma desconfiança na operação de encontrar uma equivalência em algo de outra natureza. A identidade, a analogia têm mais força:

Mas se eu entendo meu princípio como uma regra de identidade, $A = A$, ao invés de uma equivalência, $A = B$, então posso satisfazer a ideia de que eu estabeleci a balança em equilíbrio exato. O preço é um preço justo, um olho por um olho. Podemos manchar essa bela imagem nos preocupando se um

¹⁴² PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 49.

¹⁴³ A ideia do talião aparece em diferentes momentos na Bíblia. Há passagens no Êxodo, Levítico e Deuteronômio. Kant não deixa explícito de onde retira sua compreensão de *ius tallionis*, mas há uma grande similitude entre o que escreve e algumas regras do Êxodo:

“Mas se houver morte, então darás vida por vida, Olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe.” (Êxodo 21:23-25)

¹⁴⁴ KANT, Immanuel. Op. Cit. p. 175.

¹⁴⁵ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 48.

¹⁴⁶ KANT, Immanuel. Op. Cit. p. 175.

¹⁴⁷ KANT, Immanuel. Op. Cit. p. 176.

olho azul é igual a um castanho, um míope a um com visão perfeita, ou um olho de um perdedor ao de uma pessoa com honra. Ainda a regra como é dada tem a poética pretensão de identidade, uma poderosa afirmação de estabelecer o preço correto ¹⁴⁸.

A proporcionalidade, em complemento, se refere diretamente à balança ¹⁴⁹- faz-se necessário encontrar na pena o exato contrapeso para equilibrá-la novamente.

Claro, diante das inevitáveis dificuldades que enfrentará por levar a fundo este raciocínio, KANT não hesita: “quando se pronuncia uma sentença para um grande número de criminosos unidos numa conspiração, o melhor elemento equalizador ante a justiça pública é a *morte*” ¹⁵⁰. A vida pela vida é formulação, por excelência, da Lei do Talião ¹⁵¹.

Em relação ao Princípio da Proporcionalidade (englobando as ideias de analogia e proporcionalidade), a teoria da pena kantiana se defronta com os mesmos problemas que qualquer outra. Pois, para todos os efeitos,

A preocupação acerca de quão difícil é apresentar equivalências está no núcleo dos sistemas primitivos de justiça e é dificilmente algo que tenhamos adequadamente resolvido atualmente. (...) Nos preocupamos, então, com uma proporcionalidade dentro de uma rede de punições ¹⁵².

Um último aspecto da teoria da pena de KANT merece ser analisado. É o que se liga diretamente ao que chamamos de Princípio da Necessidade da Punição ¹⁵³, e ao que lemos em PIRES como Princípio da obrigação moral absoluta de punir ¹⁵⁴.

O que este aspecto da teoria kantiana exprime, em última análise, é que o “direito de punir” ¹⁵⁵ é, em verdade, uma obrigação de punir- há o que PIRES chama de um dever incontornável da autoridade em punir um culpado ¹⁵⁶.

¹⁴⁸ MILLER, William Ian. Op. Cit. p. 31 (tradução nossa).

¹⁴⁹ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 49.

¹⁵⁰ KANT, Immanuel. Op. Cit. p. 177.

¹⁵¹ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 49.

¹⁵² MILLER, William Ian. Op. Cit. p. 20.

¹⁵³ ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 14-15.

¹⁵⁴ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 45.

¹⁵⁵ KANT, Immanuel. Op. Cit. p. 174.

KANT, aqui, é preciso:

A lei da punição é um imperativo categórico e infeliz aquele que rasteja através das tortuosidades do eudaimonismo, a fim de descobrir algo que libere o criminoso da punição ou, ao menos, reduz sua quantidade pela vantagem que promete, de acordo com as palavras farisaicas: 'É melhor que *um* homem morra do que pereça um povo inteiro' ¹⁵⁷.

A lei penal, portanto, vem considerada como um imperativo categórico. A pena que ela prescreve, por conseguinte, não pode ser de outra natureza senão como expressão de realização da Justiça.

Não apenas é cometer “uma injustiça do mais alto grau” ¹⁵⁸. Nos termos de Michael MOORE, uma consequência de bem interpretar a lei penal é tornar injusto não punir ¹⁵⁹.

E, se não punir é uma injustiça, agir desta forma é o mesmo condenar a sociedade- “Se a justiça desaparecer não haverá mais valor algum na vida dos seres humanos sobre a Terra” ¹⁶⁰.

6.2. A FILOSOFIA POLÍTICA DE KANT.

Superados os aspectos mais importantes do que entenderemos por teoria da pena de KANT, parece necessário pensar nas estruturas mais gerais de seu pensamento que a sustentam.

Para tanto, voltaremos para aquele caminho que propõe PIRES, no sentido de discuti-la a partir do pensamento político kantiano.

Este movimento parece indispensável para discernir em quais bases filosóficas tanto a teoria da pena de KANT quanto o retributivismo em geral se consolidam. Isto porque as formas encontradas pelas teorias retributivas da pena para estabelecer condições para punir (e isto é visível, sobretudo, naquela de

¹⁵⁶ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 45.

¹⁵⁷ KANT, Immanuel. Op. Cit. p. 175.

¹⁵⁸ KANT, Immanuel. Op. Cit. p. 180.

¹⁵⁹ MOORE Michael S.. Op. Cit. p. 110.

¹⁶⁰ KANT, Immanuel. Op. Cit. p. 175.

KANT), as quais se apresentam naqueles pontos que apontamos como fundamentos do retributivismo, não são formas sem consequência. Muito ao contrário, são fruto de certas compreensões filosóficas definidas, que podem ser, como tentaremos demonstrar, “fortemente alocadas dentro de um esquema de valores liberais” ¹⁶¹.

Neste tópico específico, não fugiremos muito daquilo que nos diz PIRES sobre a filosofia política de KANT. E isto por um motivo claro: ao contrário de sua vasta produção e exploração no âmbito da filosofia moral, KANT pouco escreve sobre filosofia política. Esta é, no dizer de PIRES, uma das áreas mais pobres da produção do filósofo, tanto qualitativa quanto quantitativamente ¹⁶².

O que se pode dizer sobre uma filosofia política de KANT, deste modo, não deixará de ser antes uma aproximação, cotejando com sua obra tomada em conjunto e com o contexto intelectual de sua produção, do que afirmações consolidadas. Algumas asserções, no entanto, são possíveis e necessárias para nos bem situarmos.

Antes de mais nada, PIRES ressalta que todo o entendimento de KANT sobre o Estado e sobre o Direito guarda um inescapável compromisso com o liberalismo ¹⁶³. Com isto, desde logo se afirma uma ligação do pensamento de KANT àquilo que Nicola MATTEUCCI chama de liberalismo jurídico, na medida em que “se preocupa com uma determinada organização do Estado capaz de garantir os direitos dos indivíduos (...)” ¹⁶⁴. De forma ainda mais clara, como fundamento do Estado, KANT, não foge da teoria do contrato social ¹⁶⁵, confirmando DEL VECCHIO, ao dizer que a concepção kantiana de Estado expressamente aceita a doutrina do contrato social ¹⁶⁶.

Seguindo a tradição dos teóricos do contrato social, KANT concebe também um estado de natureza, no qual os indivíduos viviam numa inaceitável situação de perigo latente ¹⁶⁷. Conceber um tal estado de natureza marca bem a filosofia política kantiana no quadro do pensamento contratualista:

¹⁶¹ LACEY, Nicola. **State punishment**. Political principles and community values. p. 153 (tradução nossa).

¹⁶² PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 8.

¹⁶³ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 8.

¹⁶⁴ LIBERALISMO. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. p. 688.

¹⁶⁵ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 8.

¹⁶⁶ DEL VECCHIO, Giorgio. Op. Cit. p. 138.

¹⁶⁷ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 9.

Um dos elementos essenciais da estrutura da doutrina contratualista é o estado de natureza, que seria justamente aquela condição da qual o homem teria saído, ao associar-se, mediante um pacto, com outros homens. (...) tal situação é apresentada quase sempre apenas como hipótese lógica negativa sobre como seria o homem fora do contexto social e político, para poder assentar as premissas do fundamento racional do poder ¹⁶⁸.

KANT, no entanto, dá pouca atenção ao caráter inato destes indivíduos, pouco importando concebê-los como fundamentalmente bons ou maus ¹⁶⁹ (se afastando, portanto, da polêmica que se costuma enxergar entre HOBBS e ROUSSEAU). O que interessa a KANT, ao pensar no estado de natureza, é seu caráter negativo.

Assim, pouco importa o “conhecimento das reais condições do homem em suas origens” ¹⁷⁰ - o ponto central é que, vivendo no estado de natureza, os indivíduos encontram-se desprovidos de quaisquer garantias em suas relações uns com os outros. Pois, “o estado de paz entre os homens que vivem juntos não é um estado de natureza (...), que é antes um estado de guerra”, estado no qual há uma permanente ameaça de hostilidades ¹⁷¹.

Logo, se aproximando do HOBBS, KANT vê uma necessidade do homem em sair deste estado ¹⁷², uma vez que, como dito, o que se revela sobre o estado de natureza é uma falta, uma lacuna de controle:

(...) o estado de natureza é caracterizado negativamente pela ausência de um poder legal, capaz de controlar e obrigar os membros da sociedade, caracterizado, portanto, pela falta de monopólio legal da força. (...) No estado de natureza não há, pois, nem soberanos nem súditos, nem senhores nem servos, mas uma força eternamente potencial e em estado difuso ¹⁷³.

¹⁶⁸ CONTRATUALISMO. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. p. 273.

¹⁶⁹ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 9.

¹⁷⁰ CONTRATUALISMO. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Op. Cit. p. 273.

¹⁷¹ KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. p. 23.

¹⁷² PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 9.

¹⁷³ CONTRATUALISMO. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Op. Cit. p. 275.

É dessa própria noção de estado de natureza que KANT retira uma necessidade de deixá-lo para trás, ingressando num outro tipo de relação:

(...) quando não podes te furtar a viver lado a lado com todos os outros, deves abandonar o estado de natureza e ingressar com eles num estado jurídico, isto é, uma condição de justiça distributiva. (...) Dada a intenção de estar e permanecer nesse estado de liberdade externamente anárquica, os seres humanos não causam, de modo algum, injustiça mútua quando se hostilizam, uma vez que o que é válido para um é válido também, por seu turno, para o outro, como se por mútuo consentimento (*uti partes de iure suo disponunt, ita ius est*). Mas em geral causam injustiça no mais elevado grau, desejando ser e permanecer numa condição que não é jurídica, isto é, na qual ninguém está assegurado do que é seu contra a violência¹⁷⁴.

Limitar essa força “eternamente potencial” se torna uma necessidade, como forma de garantia para os indivíduos. E fazê-lo, continua KANT, requer um outro tipo de estado, diferente daquele de natureza. Faz-se necessário um estado jurídico e, por conseguinte, o que KANT chama de direito público, de forma a criar relações específicas entre os indivíduos:

O conjunto das leis que necessitam ser promulgadas, em geral a fim de criar uma condição jurídica, é o *direito público*. O direito público é, portanto, um sistema de leis para um povo, isto é, uma multidão de seres humanos, ou para uma multidão de povos que, porque se afetam entre si, precisam de uma condição jurídica sob uma vontade que os une, uma constituição (*constitutio*), de sorte que possam fruir o que é formulado como direito. Essa condição dos indivíduos no seio de um povo na sua relação recíproca é chamada de *condição civil* (*status civilis*), e o conjunto dos indivíduos numa condição jurídica, em relação aos seus próprios membros, é chamado de *Estado* (*civitas*)¹⁷⁵.

Em que pese a densidade do trecho, fica evidente que, para KANT, o direito público é um elemento fundamental do Estado, presente no próprio sentido que se emprega ao termo, na medida em que cria as relações jurídicas entre os indivíduos, necessárias para a superação do estado de natureza.

¹⁷⁴ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. p. 175.

¹⁷⁵ KANT, Immanuel. Op. Cit. p. 153.

E o instrumento capaz de estabelecer este direito público é um pacto amplo, na forma de um contrato- é o ato fundador do Estado, pois Estado não mais é do que o conjunto dos indivíduos numa condição jurídica:

O ato pelo qual um povo se constitui num Estado é o *contrato original*. A se expressar rigorosamente, o contrato original é somente a ideia desse ato, com referência ao qual exclusivamente podemos pensar na legitimidade de um Estado. De acordo com o contrato original, todos (*omnes et singuli*) no seio de um povo renunciam à sua liberdade externa para reassumi-la imediatamente como membros da coisa pública, ou seja, de um povo considerado como Estado (*universi*)¹⁷⁶.

O que KANT chama de contrato original, portanto, é um critério de avaliação da legitimidade da associação dos homens, que saem do estado de natureza para ingressar em relações jurídicas¹⁷⁷. O contrato é o fundamento jurídico, configurando-se como um pressuposto ideal (e não fático) do Estado¹⁷⁸.

Com isto em mente, somos capazes de confirmar a afirmação de Guilherme MEROLLI:

é cediço que o contratualismo baseia-se principalmente na ideia (sic) de que o Estado, como artefato racionalmente instituído pelos cidadãos mediante um pacto, constitui-se no melhor meio de superação das vicissitudes do estado de natureza¹⁷⁹.

Portanto, a necessidade que os homens encontram em deixar o estado de natureza para estabelecer relações de garantia na sua convivência mútua é o impulso para o surgimento de um estado jurídico e, por conseguinte, de um direito público capaz de assegurar uma paz social estabilizada¹⁸⁰. KANT aceita a premissa comum das doutrinas contratualistas. Enxerga, assim, a necessidade de se

¹⁷⁶ KANT, Immanuel. Op. Cit. p. 158.

¹⁷⁷ DEL VECCHIO, Giorgio. Op. Cit. p. 138.

¹⁷⁸ DEL VECCHIO, Giorgio. Op. Cit. p. 139.

¹⁷⁹ MEROLLI, Guilherme. **A interpretação do pensamento político de Thomas Hobbes**. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org). **Repensando a Teoria do Estado**. p. 63.

¹⁸⁰ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 9.

encontrar um instrumento de racionalização das relações inter-humanas e estabelece um pacto como a condição formal da existência de um Estado ¹⁸¹.

O grande objetivo de KANT, nesse raciocínio, não é outro que não o de assumir um compromisso com as liberdades individuais, aproximando-se, no momento, do pensamento de ROUSSEAU ¹⁸² ¹⁸³- diz DEL VECCHIO: “Na sua apreciação do direito de liberdade, Kant sofreu a influência de Rousseau” ¹⁸⁴. O conteúdo do pacto, assim, estará marcado por qualidades condizentes: “liberdade, igualdade, independência são condições do Pacto social: e Kant precisa cuidadosamente esses termos” ¹⁸⁵.

Nos diz KANT que a *liberdade legal*, a *igualdade civil* e a *independência civil* são atributos do cidadão, inseparáveis de sua essência como povo de um Estado ¹⁸⁶.

Liberdade legal se refere ao “atributo de obedecer unicamente a lei à qual deu seu assentimento” ¹⁸⁷ ou à “autorização de não obedecer a nenhuma lei exterior a não ser àquelas a que pude dar meu consentimento” ¹⁸⁸. É algo que se liga claramente a uma ideia de autodeterminação ¹⁸⁹.

Igualdade civil significa não reconhecer membros superiores na coletividade, mas num sentido jurídico- desigualdades físicas, biológicas, sociais seriam compatíveis com essa noção ¹⁹⁰.

Por fim, *independência civil* não foge também da ideia de poder dar suas próprias leis, a partir de uma peculiar compreensão de autossuficiência ¹⁹¹.

¹⁸¹ CONTRATUALISMO. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Op. Cit. p. 279.

¹⁸² PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 9.

¹⁸³ ATGER, Frédéric. Op. Cit. p. 335.

¹⁸⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. Op. Cit. p. 138.

¹⁸⁵ ATGER, Frédéric. Op. Cit. p. 340 (tradução nossa).

¹⁸⁶ KANT, Immanuel. Op. Cit. p. 156.

¹⁸⁷ KANT, Immanuel. Op. Cit. p. 156.

¹⁸⁸ KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. p. 25.

¹⁸⁹ ATGER, Frédéric. Op. Cit. p. 341.

¹⁹⁰ ATGER, Frédéric. Op. Cit. p. 341.

¹⁹¹ ATGER, Frédéric. Op. Cit. p. 341.

Kant traz aqui uma compreensão embaraçosa: só podem dizer as leis aqueles que possuem meios de existência próprios, o que seria um meio de discriminação entre cidadãos ativos e passivos; aqueles teriam existência e estes uma mera inerência. É uma passagem que merece ser transcrita, em especial pelos exemplos trazidos:

“Esta qualidade da independência, contudo, requer uma distinção entre cidadãos *ativos* e *passivos*, embora o conceito de cidadão passivo pareça contradizer o conceito de cidadão em geral. Os exemplos que se seguem servirão para afastar essa dificuldade: um aprendiz no serviço de um mercador ou artesão, um criado doméstico (distinto de alguém a serviço do Estado), um menor (*naturaliter vel civiter*), todas as mulheres e, em geral, qualquer cuja preservação existencial (sustento

Disso, vislumbramos claramente que a construção do pacto kantiano, não obstante ter origem numa preocupação similar a HOBBS quanto às instabilidades inerentes ao estado de natureza ¹⁹², se afasta significativamente da proposta do pensador inglês. É que o pacto kantiano é particularmente marcado por aquelas condições de liberdade. Não é sem motivo que PIRES confere ao peso que KANT deposita no direito à liberdade a grande marca de sua filosofia política ¹⁹³.

O contrato hobbesiano, em linhas gerais, é um acerto dos indivíduos que integrarão o Estado com seu Príncipe, seu soberano. Há um contrato entre os súditos e um soberano ¹⁹⁴ - é o fundamento do poder do príncipe que está em questão ¹⁹⁵. Trata-se, em HOBBS, de um contrato marcado pela submissão à vontade do soberano, em que a ideia de liberdade individual está distante de ser uma questão central ¹⁹⁶.

Como visto, o contrato pensado por KANT, ao contrário, se aproxima da proposta de ROUSSEAU ¹⁹⁷, configurando-se antes num pacto de coordenação ¹⁹⁸. Como pressuposto ideal, no sentido de estabelecer um critério para avaliação da legitimidade da associação humana, o pacto kantiano pode ser entendido como um pacto de todos ante todos ¹⁹⁹. A multidão reunida por leis jurídicas, definição de Estado em KANT, é concebida como estabelecida pela vontade geral, de todos ²⁰⁰: "(...) somente a vontade concorrente e unida de todos, na medida em que cada um

e proteção) depende não da administração de seus próprios negócios, mas das providências de outrem (exceto o Estado). A todas estas pessoas falta a personalidade civil, e suas existências são, por assim dizer, tão-só inerências. O lenhador que contrato para trabalhar no meu quintal, o ferreiro na Índia que vai às casas das pessoas para trabalhar o ferro com seu martelo, bigorna e foel, comparado ao carpinteiro ou ferreiro europeu que é capaz de expor os produtos de seu trabalho como mercadorias para venda ao público, o professor particular comparado ao mestre da escola, o fazendeiro tributário comparado ao arrendatário e assim por diante; estes são meros serventes da coisa pública porque têm que estar sob direção ou amparo de outros indivíduos e, assim, não dispõem de independência civil". KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. p. 156-157.

¹⁹² Guilherme Merolli precisa, de forma clara e sucinta, a questão em T. Hobbes, analisando as diferentes interpretações que o pensamento do filósofo recebeu.

Confira-se: MEROLLI, Guilherme. Op. Cit. p. 47-64.

¹⁹³ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 10.

¹⁹⁴ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 10.

¹⁹⁵ CONTRATUALISMO. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Op. Cit. p. 280-281.

¹⁹⁶ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 10.

¹⁹⁷ DEL VECCHIO, Giorgio. Op. Cit. p. 138.

¹⁹⁸ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 10.

¹⁹⁹ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 10.

²⁰⁰ DEL VECCHIO, Giorgio. Op. Cit. p. 138.

decide o mesmo para todos e todos para cada um, e assim somente a vontade geral unida do povo pode legislar” ²⁰¹.

Além de fundamento, o contrato surge, em KANT, como claro limite ao poder de governo. Invariavelmente, sua função principal é defender a liberdade dos indivíduos pactuantes ²⁰². Nesse sentido, o contratualismo kantiano, como expressão do novo jusnaturalismo racional, se caracteriza pela acentuada defesa dos direitos naturais, inatos e racionais do homem ²⁰³.

KANT afasta-se de HOBBS, também, ao negar que, ao acatar o pacto, os indivíduos cedam uma parcela de liberdade em troca de algo. Para o alemão, pelo contrário, há um abandono total da liberdade selvagem. E somente este abandono é capaz de possibilitar uma outra forma de liberdade, mais geral. É o novo estado jurídico e suas novas formas de associação entre os homens que permitem gozar desta nova liberdade, pois derivada da própria vontade legislativa do indivíduo ²⁰⁴.

Isto fica bastante claro na forma como KANT define uma *liberdade jurídica* ou *legal*, tanto na **Metafísica dos costumes** quanto no tratado **À paz perpétua**, como vimos. KANT alinhar-se-ia novamente ao dizer de ROUSSEAU:

Reduzamos todo esse raciocínio a termos fáceis de comparar; aquilo que o homem perde com o contrato social é a sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e que ele possa alcançar; aquilo que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui. Para que não se erre nestas compensações, é preciso bem distinguir a liberdade natural, que não se funda senão nas forças do indivíduo, da liberdade civil, que é limitada pela vontade geral (...) ²⁰⁵.

De todo o dito, o que se deve sublinhar, principalmente, é a evidente insuficiência de ler o que KANT escreve sobre a pena sem olharmos para a forma como concebe e justifica e pensa o Estado. Pois esta concepção tem importantes efeitos na maneira como se tratará a justificação da atividade estatal de apenar. Desse modo, o olhar direcionado à filosofia política se justifica uma vez que esta, tal

²⁰¹ KANT, Immanuel. Op. Cit. p. 156.

²⁰² PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 10.

²⁰³ CONTRATUALISMO. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Op. Cit. p. 280.

²⁰⁴ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 12.

²⁰⁵ ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Du contrat social**. *Précédé de Discours sur l'économie politique et de Du contrat social première version et suivi de Fragments politiques*. p. 114-115 (tradução nossa).

qual o problema da justificação moral da pena, tem como questão fundamental um problema de ordem moral- deve ou não o Estado existir ²⁰⁶? Nada mais relacionado.

Inserto na tradição do contratualismo, KANT pensa o Estado como um pacto de todos com todos, cuja função (e aqui é que ROUSSEAU se faz mais presente) não pode fugir da preservação da liberdade de seus membros ²⁰⁷.

Uma vez entendido isto, propomos dar outro passo atrás, de forma a generalizar ainda mais o raciocínio. A ideia do tópico que segue é alocar todo o raciocínio que desenvolvemos, a partir de KANT, dentro de algumas premissas que dão suporte à sua filosofia política e, conseqüentemente, à sua teoria da pena.

Nessa tarefa, buscaremos deixar evidente a ligação do contratualismo (na forma como KANT o pensa), bem como o retributivismo (na maioria de suas manifestações modernas), com uma forte tradição do liberalismo, em termos, novamente, de filosofia política.

Em suma, a hipótese é de traçar uma linha que tangencie o que dissemos sobre a pena, depois sobre a filosofia kantiana, de modo que tornemos estas ideias vinculadas aos quadros teóricos de uma tradição liberal.

6.3. AS PREMISSAS DO LIBERALISMO.

Antes de tudo, faz-se necessário adiantar que o fato de falarmos numa ligação entre as teorias retributivas, o pensamento contratualista e o liberalismo não significa, em nenhuma hipótese, que estas amplas e (por certo) elusivas noções não possam ser pensadas de maneira independente.

Assim, sabemos que nem todo contratualista é liberal- basta pensar naquele que é tomado como primeiro teórico do contrato social propriamente dito, Thomas HOBBS ²⁰⁸, a quem não poucos leitores identificam como um teórico do absolutismo ²⁰⁹.

²⁰⁶ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. p. 18.

²⁰⁷ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. p. 12.

²⁰⁸ Frédéric Atger, ao traçar uma história das doutrinas contratualistas ao longo da história, aponta inúmeros autores e momentos anteriores a Hobbes aos quais pode ser atribuído um pensamento do tipo. Hobbes, no entanto, marcaria um novo tipo de reflexão, a partir da qual se desenvolveria todo o léxico e a moldura do pensamento do contrato social. ATGER, Frédéric. Op. Cit. p. 162-167.

²⁰⁹ Veja-se MEROLLI, Guilherme. Op. Cit.

De outro lado, soaria no mínimo estranho alguém que qualificasse HEGEL, um dos autores de maior peso do retributivismo ²¹⁰, como um pensador liberal.

Não obstante, uma ligação existe. E o que foi registrado sobre o pensamento de KANT, aqui, poderá servir de paradigma dessa linha. Não queremos dizer que contratualismo, retribucionismo e liberalismo são conceitos tão próximos a ponto de um derivar do outro num raciocínio direto, e sim, que, a partir de um determinado manejo de categorias e um determinado pano de fundo filosófico relacioná-los é, de alguma maneira, inevitável.

O objeto de que trataremos nesse espaço, por conseguinte, é exatamente este quadro de categorias e noções.

De outra parte, mais uma ressalva se faz indispensável. É algo que diz respeito diretamente àquilo que trataremos de maneira mais próxima nesse momento, ou seja, com o que exatamente entendemos por liberalismo. Parece pouco seguro darmos uma definição já resolvida, uma vez que mesmo autores que se debruçam especificamente sobre esse problema encontram dificuldades.

Nicola MATTEUCCI ²¹¹, por exemplo, fala numa “definição difícil”, aludindo à facilidade com que autores caem, de um lado, em graves equívocos teóricos e, de outro, em fugas para o que chamam de “Liberalismos” ²¹².

Seja por certa insegurança, seja por vermos que mesmo em escritos específicos o problema não ser resolvido, não aludiremos a uma definição exata de liberalismo (ainda que seja forçoso reconhecer isto como uma falha).

Respondendo a uma objeção óbvia que aparece diante do que acabamos de assumir, o fato de nos furtarmos a estabelecer uma definição não impede que trabalhemos com conceitos e ideias que parecem próprias do pensamento liberal, em especial naquilo que se refere a uma filosofia política. Sendo este exatamente o escopo deste tópico, não estaremos fugindo do caminho pretendido.

Nicola LACEY, em seu **State punishment**, se depara justamente com estas mesmas dificuldades e responde, no que o seguiremos:

²¹⁰ CATTANEO, Mario A.. Op. Cit. p. 117.

²¹¹ LIBERALISMO. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Op. Cit. Especialmente p. 686-687.

²¹² LIBERALISMO. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Op. Cit. p. 686.

Esta argumentação será, é claro, controversa, dada a notória dificuldade em definir o conceito de liberalismo, o que, de fato, vem sendo objeto de muito debate em periódicos filosóficos. Eu certamente não negaria que várias maneiras diferentes de conceber o liberalismo, nem poderia aspirar a fazer justiça à riqueza da tradição liberal em desenvolver um modelo de liberalismo, com o propósito de reexaminar alguns dos argumentos mais familiares da pena. Para este fim, esboçarei um modelo que julgo incorporar os traços definidores e as questões-chave enfrentadas pelo pensamento político liberal ²¹³.

A questão, na forma como é colocada por LACEY, parece satisfazer nossa pretensão de desenhar um modelo que contenha os pontos fundamentais do liberalismo, os quais enlaçam tanto a teoria contratualista que expusemos quanto o problema de justificação da pena pela retribuição.

De forma semelhante ao trabalho em que traçamos os aspectos mais centrais do retributivismo a partir do modelo proposto por ANDERSON ²¹⁴, podemos seguir LACEY ²¹⁵ para construirmos um modelo que contenha as principais questões que preocupam o pensamento liberal.

Como consequência, teremos como aspectos centrais na filosofia política liberal os seguintes conceitos:

a) Individualismo.

Diz LACEY, que, não obstante a enorme variedade de compreensões que poderiam ser rotuladas de liberais, parece um conceito comum a todas elas uma noção, seja de forma extrema ou mais atenuada, de individualismo ²¹⁶.

O que vem a ser este individualismo, que merece tanta atenção a ponto de METTEUCCI afirmar que, em certo sentido, “liberalismo significa individualismo” ²¹⁷?

Grosso modo, é a crença em características inatas do indivíduo. Características estas que seriam independentes, pois que num plano diverso, de qualquer meio no qual o indivíduo se encontre.

Assim:

²¹³ LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 143 (tradução nossa).

²¹⁴ ANDERSON, Jami L.. Op. Cit.

²¹⁵ LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 144-153.

²¹⁶ LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 144.

²¹⁷ LIBERALISMO. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Op. Cit. p. 689.

Por individualismo, me refiro a alguma hipótese de significação moral do indivíduo, a qual procede, sobretudo, de características que podem ser abstraídas de qualquer ambiente social em particular, bem como da tomada dos indivíduos como o foco primário de preocupação na avaliação moral de quaisquer arranjos políticos em particular ²¹⁸.

Como inseparável desse entendimento, LACEY assinala a injunção kantiana de tomar os homens como agentes morais, a que já aludimos ²¹⁹. É o que KANT aponta como imperativo prático, anunciado assim: “*Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como um meio*” ²²⁰.

Vimos que KANT, na formulação de sua teoria da pena, aplica com rigor tal princípio ²²¹ - a veemente negação do pensamento utilitarista tem aqui sua origem.

É um imperativo que não poderá ser extraído da experiência. Não é de nenhum contato com o mundo, de nenhum meio e, portanto, de nenhum sentimento, inclinação ou emoção sensorial que tratamos ²²².

Continua LACEY, dizendo que essa percepção significa afirmar que o indivíduo surge para o meio social já dotado de uma série de características e atributos prévios- pré-sociais, portanto. E qualquer arranjo social e político deverá respeitá-los ²²³.

Evidente que a concepção de um estado de natureza, ou seja, um estado em que os homens, os indivíduos se encontram antes de ingressarem em relações político-sociais tem seu papel. Uma ideia de valores pré-sociais, a serem garantidos ao máximo pela associação política dos homens é um traço claro do contratualismo- o próprio LACEY o admite:

É claro que a própria ideia (ainda que hipotética) de uma posição original, na qual indivíduos negociam por parcelas de bens, tem forte ressonância na antiquada teoria do contrato social (o método individualista definitivo de legitimação de um arranjo social) (...) ²²⁴.

²¹⁸ LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 144 (tradução nossa).

²¹⁹ LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 144.

²²⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. p.66.

²²¹ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. p. 174-181.

²²² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. p. 68.

²²³ LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 144.

²²⁴ LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 145 (tradução nossa).

Um exemplo deste tipo de teorização, aportado pelo próprio autor, e que nos parece extremamente ilustrativo, é a descrição inicial de um estado de natureza de Robert NOZICK em seu **Anarquia, Estado e Utopia** ²²⁵. NOZICK, pelo próprio caráter de seu pensamento, nos cabe por levar às últimas consequências as linhas gerais do liberalismo- sua obra, na crítica de Cicero ARAUJO, se apresenta como uma defesa do “ultraliberalismo” ²²⁶.

Ao teorizar seu estado de natureza, NOZICK apela para um clássico do pensamento contratualista, que, ao lado de KANT, aparece como maior representante do contratualismo liberal ²²⁷: John LOCKE.

É de LOCKE, assim, a ideia de estado de natureza de que parte NOZICK:

Para bem compreender o poder político, e derivá-lo de sua origem, devemos considerar em que estado todos os homens se encontram naturalmente, e isto é um estado de perfeita liberdade para dirigir suas ações e dispor de suas posses e pessoas da forma que lhes convém dentro dos limites da lei da Natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de outro homem ²²⁸.

Vê-se que, de antemão, LOCKE e, seguindo-o, NOZICK, depositam nos indivíduos uma carga de valores inatos, independentes e anteriores aos arranjos políticos que porventura construam. Agem os indivíduos, mesmo no estado de natureza, “dentro dos limites da lei da Natureza” ²²⁹.

Todo o sofisticado desenvolvimento que NOZICK aplica ao seu raciocínio parte desta premissa. Não é sem importância o fato de começar sua obra afirmando

²²⁵ NOZICK, Robert. Op. Cit. Veja-se especialmente o Prefácio (p. 11-14) e a parte 1- **Teoria do Estado de Natureza ou Como Recair no Estado sem Realmente Tentar**. (p. 17-167).

²²⁶ ARAUJO, Cicero. **Nozick e o Estado**. In: AGUIAR, Odilon Alves Aguiar; OLIVEIRA, Manfredo; SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva (orgs.). **Filosofia política contemporânea**. p. 272.

²²⁷ Matteucci opõe uma corrente absolutista do contratualismo, representada, principalmente, por Hobbes, Spinoza e Pufendorf, a uma corrente liberal, liderada por Locke e Kant. A Rousseau caberia defender uma corrente democrática. **LIBERALISMO**. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Op. Cit. p. 281.

²²⁸ LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. In the Former, The False Principles and Foundation of Sir Robert Filmer, and His Followers, Are Detected and Overthrown: The Latter, Is an Essay Concerning the Original, Extent, and End, of Civil Government. In: LOCKE, JOHN. **The works of John Locke**. Vol. V. p. 106 (tradução nossa).

²²⁹ LOCKE, John. Op. Cit. p. 106.

categoricamente: “Indivíduos têm direitos” ²³⁰. Sua concepção de que qualquer arranjo político entre os homens depende desta afirmação- sua obra é uma tentativa de embasar um arranjo em esses direitos não sejam agredidos sob nenhuma perspectiva. Sob todos os lados que tomemos a teoria de NOZICK a afirmação de que “as pessoas possuem direitos naturais invioláveis” ²³¹ permanece verdadeira.

Desta feita já somos capazes de concordar com METTEUCCI, no dizer de que “não há dúvidas quanto à estreita ligação existente entre o Liberalismo e a teoria do individualismo, próprio da cultura da Europa moderna (...)” ²³².

De maneira geral, devemos sublinhar que o que chamamos de individualismo, como característica do pensamento liberal, é inseparável da ideia de direitos naturais do homem. No dizer de Norberto BOBBIO, já analisando as consequências da filosofia liberal, assim, uma noção de jusnaturalismo se coloca como pressuposto:

O pressuposto do Estado liberal, entendido como Estado limitado em contraposição ao Estado absoluto, é a doutrina dos direitos do homem elaborado pela escola do direito natural (ou jusnaturalismo): doutrina segundo a qual o homem, todos os homens, indiscriminadamente, têm por natureza e, portanto, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade, -direitos esses que o Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detém o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência a seus comandados devem respeitar, e portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte dos outros ²³³.

Nota-se que este é um tema a ser analisado e explorado com mais profundidade, pelas enormes implicações que o seguem em vários campos de pensamento, a começar pela Filosofia e o Direito. Para nosso intuito de apontar um modelo que contenha as linhas gerais do liberalismo, no entanto, parece suficiente.

²³⁰ NOZICK, Robert. Op. Cit. p. 9.

²³¹ ARAUJO, Cicero. Op. Cit. p. 282.

²³² LIBERALISMO. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Op. Cit. p. 696.

²³³ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. p.11.

b) Indivíduo livre e racional.

Continuando a propor seu modelo de liberalismo, LACEY aponta para o fato de que a ideia de indivíduo liberal será a de um ser racional, isto é, capaz de raciocinar sobre os fins e as consequências de suas ações ²³⁴.

Vê-se que esta compreensão converge sem percalços para o que dissemos anteriormente.

Exigimos, como noção fundamental do retributivismo, uma ação racional e intencional, a partir do Princípio da Transgressão Intencional (*Principle of Willful Wrongdoing*), de ANDERSON ²³⁵, excluindo, desse modo, ações consideradas como derivadas de uma vontade viciada. Vimos depois que a teoria da pena de KANT guarda como pressuposto incontornável a concepção de que aos homens é dada uma particular liberdade, de forma que o homem só poderia ser tomado com agente capaz de tomar decisões racionais, pois que estas decisões seriam tomadas num espaço de liberdade ²³⁶.

Se pode parecer desnecessário estarmos nos repetindo, diremos que, ao contrário, a recorrência das mesmas ideias, noções e pressupostos em níveis diferentes de abrangência (linhas gerais do retributivismo, teoria da pena de KANT, linhas gerais do liberalismo) indica que estamos no caminho certo. Se nos propomos exatamente a estudar a hipótese de pensarmos estes níveis de abrangência de maneira conjunta, de modo a estabelecer uma relação entre eles, nada mais positivo que encontrarmos inequívocos pontos de contato, em especial em seus pressupostos mais gerais.

E que pesado ponto de contato está na concepção de homem como ser livre racional!

Prossegue LACEY, em sua exposição:

Logo, numa visão liberal de moralidade, a razão é privilegiada sobre a emoção: o papel da intuição tende a ser minorado, racionalizado (...) ou excluído. Há também uma tendência em tomar a razão como não valorada,

²³⁴ LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 145.

²³⁵ ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 13.

²³⁶ PIRES, Alvaro P.. Op. Cit. 34.

como conceito universal (...). Essa visão de razão no centro da natureza humana é bem refletida (...) na visão kantiana de agente racional²³⁷.

O que parece necessário dizer, para além do dito, é que esta assunção racionalizada do homem, lastreada no valor fundamental que é dado pelo liberalismo à liberdade, terá que ser levada em conta em todos os níveis. Assim, a racionalidade originará a possibilidade clara de se pensar em responsabilidade dos indivíduos.

Não é difícil pensar nas consequências imediatas disso para a filosofia política, por exemplo- serão a racionalidade e responsabilidade “características reais e fontes de limites normativos nas formas com as quais os humanos devem ser tratados”, particularmente por instituições políticas²³⁸. Estamos lidando diretamente com a moralidade liberal para qualquer vínculo político, a começar pela justificação moral, bem como pela organização do Estado.

Tomando, mais uma vez, NOZICK como exemplo mais radical, basta olhar para o caminho que o filósofo americano concebe para que os indivíduos entrem em relações políticas: são decisões racionais, baseadas em atitudes voluntárias, a ponto de podermos apontar para um princípio de *Voluntas non fit injuria* (O que é voluntário não pode ser injusto)²³⁹.

c) Paternalismo e neutralidade.

LACEY adiciona mais duas características às ideias centrais do liberalismo: a negação e a luta para limitar o paternalismo, de um lado, e a busca pela neutralidade, de outro²⁴⁰.

Baseando-se na ideia de que o indivíduo que vamos desenvolvendo (entendido, é claro, como ser livre, racional e dotado de direitos naturais), uma noção liberal de mundo deve conter um espaço não desprezível de não interferência. Somente a garantia de um tal espaço permite a verdadeira liberdade

²³⁷ LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 146 (tradução nossa).

²³⁸ LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 146 (tradução nossa).

²³⁹ ARAUJO, Cicero. Op. Cit. p. 283.

²⁴⁰ LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 146.

dos indivíduos, de modo que suas capacidades, sua individualidade sejam plenamente desenvolvidas ²⁴¹.

Christofer WOLFE, nesse sentido, aponta para os câmbios nos objetivos que norteariam a filosofia política. Se, numa visão clássica, os laços públicos objetivariam a excelência individual, a serviço da comunidade política, o pensamento moderno (a destacar o anglo-americano), ao contrário, se esforçaria em limitar a política a uma proteção de direitos. Isto seria extremamente visível na acepção de LOCKE ²⁴².

De fato, parece ser uma preocupação central nos escritos liberais a limitação dos âmbitos públicos, de forma a preservar, na máxima medida, aqueles direitos que reputam por naturais. Claro, toda a construção política deve se pautar pela preservação e defesa desses direitos.

Esta ideia terá um sentido preciso, no entanto. Significa sustentar “uma particular resistência à ideia de cidadãos assumindo qualquer concepção de bem imposta a eles por seu governo” ²⁴³, ou seja, a “excelência” ²⁴⁴ dos clássicos deve ser eliminada da esfera pública.

Nega-se, assim, um paternalismo estatal e se estabelece um princípio de neutralidade. Está aqui uma condição para aquilo que METTEUCCI chama de “verdadeira liberdade liberal”, isto é, aquela que deve ser entendida como emancipação e auto-realização do homem. Constituiria esta uma liberdade dependente de um elemento ético, que somente poderia se desenvolver num espaço privado ²⁴⁵.

Seria por demais arriscado dizer que há aqui uma relação direta com o *Aufklärung* kantiano? A ideia de sair da menoridade por responsabilidade própria, a partir do uso livre da razão não seria sintoma claro da negação de um paternalismo ²⁴⁶?

²⁴¹ LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 146.

²⁴² WOLFE, Christofer. **Liberalism and Paternalism: A critique of Ronald Dworkin**. p. 615.

²⁴³ LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 146 (tradução nossa).

²⁴⁴ WOLFE, Christofer. Op. Cit. p. 615.

²⁴⁵ LIBERALISMO. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Op. Cit. p. 694.

²⁴⁶ KANT, Immanuel. **Resposta à pergunta: Que é esclarecimento [<Aufklärung>]?**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. p. 1-3.

d) Direitos, justiça e igualdade.

LACEY situa, ainda, como uma faceta importante do pensamento liberal a preocupação com os amplos conceitos de justiça, igualdade e direitos individuais ²⁴⁷.

Aqui também tocamos numa discussão que já levantamos anteriormente. Abordamos esta mesma preocupação, principalmente, a partir da justificação da pena em termos não consequencialistas (ou absolutos se preferirmos). Da mesma maneira, podemos observar estes termos na situação do contratualismo kantiano- como sabemos, o pacto se pauta firmemente na defesa de direitos individuais, constituindo esta atividade sua própria motivação ²⁴⁸.

O que aqui mais se faz necessário pontuar, é a maneira como este aspecto do pensamento liberal guarda um vínculo especial com toda a construção de indivíduo- falar em direitos individuais, uma noção de justiça e de igualdade natural, como é próprio do liberalismo, não pode ser feito sem ter em mente o próprio indivíduo liberal.

Das noções apontadas por LACEY, aquela que, à primeira vista parece menos própria do liberalismo é uma ideia de igualdade.

Não obstante, não há como não perceber a necessidade de se apontar para uma igualdade natural se pensarmos, de uma parte, na ideia de indivíduos em situações pré-sociais, que compartilhariam das mesmas dificuldades e necessidades ²⁴⁹ e, de outra, em sua centralidade no pensamento contratualista liberal.

LOCKE, assim, pensa no estado de natureza como um espaço de igualdade- um “Estado de Igualdade” ²⁵⁰. ANDERSON ²⁵¹, por sua vez, fala em termos de um Princípio de Igualdade Natural (*Principle of Natural Equality*). O que dissemos sobre o indivíduo liberal tem abrigo também aqui.

O que há de novo para dizermos nesse momento é a importância prática de apontarmos o uso dos termos justiça, igualdade e direitos individuais como uma característica do liberalismo. Como nos mostra LACEY, são estes os termos

²⁴⁷ LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 147.

²⁴⁸ CONTRATUALISMO. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Op. Cit. p. 280.

²⁴⁹ LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 147.

²⁵⁰ LOCKE, John. Op. Cit. p. 106.

²⁵¹ ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 15.

principais de todo o arcabouço teórico do pensamento liberal ²⁵². São termos que estabelecem a moldura do léxico do liberalismo. Se quisermos debater o liberalismo trabalharemos com este léxico; se, por outro lado, refutarmos o liberalismo, buscaremos um novo léxico ou, ao menos, teremos de dar um novo sentido a estes termos. Esta aí a importância maior de destacarmos este conjunto de ideias, pois marcará as margens da reflexão.

Apenas para deixar ainda mais clara a relevância disso, citemos LACEY, o qual sublinha as ideias e conceitos que partem da preocupação com justiça, igualdade e direitos individuais:

Esses valores incluem coerência entre leis, possibilidade de conformidade, congruência entre as regras declaradas e as respostas oficiais, não-retroatividade, clareza, estabilidade relativa, publicidade e generalidade. Todos valores que se relacionam mais ou menos diretamente a algum dos aspectos identificados do liberalismo, conduzindo a uma situação em que o ser racional e responsável é livre para planejar sua vida de modo a evitar, na medida do possível, a intervenção coerciva da lei penal ²⁵³.

Não estamos, e isto está bem claro, diante de uma questão sem significado. Estamos, isto sim, diante de uma questão que deve ser, de uma maneira ou de outra, enfrentada.

e) Pensamento consequencialista versus pensamento não-consequencialista.

Como último aspecto ²⁵⁴ que apontaremos em nosso quadro de ideias centrais do liberalismo está um confronto filosófico. É um aspecto que guarda uma óbvia importância na forma como são pensadas as justificações da pena, mas que

²⁵² LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 149.

²⁵³ LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 149 (tradução nossa).

²⁵⁴ Nicola Lacey ainda destaca outros três: a distinção entre esfera pública e privada; a falta de ênfase em bens públicos; e a ideia de bem-estar. Não negamos a importância desses aspectos no pensamento liberal (especialmente a distinção entre esfera pública e privada), mas não os incluímos no trabalho, pois parecem argumentos não tão pertinentes à nossa discussão sobre retributivismo. Veja-se: LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 149-151.

também pode ser fonte de mal entendidos fundamentais (como os que estuda Dean CLARKE ²⁵⁵).

Falamos da distinção entre os raciocínios consequencialistas e não-consequencialistas.

LACEY exemplifica a distinção com pensadores que se alocariam em extremos nessas duas posições: como consequencialista, teríamos BENTHAM, enquanto KANT e NOZICK representariam a defesa mais extremada do não-consequencialismo ²⁵⁶.

Embora não sejam exatamente equivalentes, o pensamento consequencialista é representado pelo utilitarismo, ao passo em que o não-consequencialista se ligaria a uma preocupação ética mais acentuada. Assim, de forma um pouco exagerada define Ian SHAPIRO:

O utilitarismo clássico é, portanto, uma doutrina consequencialista. Mesmo que uma decisão política provoque um sério prejuízo para alguns, até mesmo a morte, não há razão para se opor a ela se o resultado líquido for a maximização da utilidade total ²⁵⁷.

METTEUCCI nos fala nesses termos a partir de uma perspectiva histórica, discriminando entre um liberalismo inglês e um liberalismo europeu continental. Haveria, portanto, um contraste...

(...) provocado pelos diferentes contextos culturais em que atuam os liberais, isto é, pela específica filosofia de ação que serve de suporte a seu agir (...) de forma que temos um Liberalismo ético e um Liberalismo utilitarístico. (...) Diferem, porém, radicalmente na medida em que o Liberalismo ético tem sua origem- através de Kant e Constant- em Rousseau, enquanto o Liberalismo utilitarístico- através de J. Bentham e James Mill- a tem em Hobbes. Para o Liberalismo utilitarístico, o desejo da própria satisfação é o único móvel do indivíduo (...) ²⁵⁸.

²⁵⁵ CLARKE, Dean H.. Op. Cit. p. 27.

²⁵⁶ LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 152.

²⁵⁷ SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. p. 34. Dean Clarke, com respeito especial à teorias da pena, demonstra que este é uma compreensão errônea do utilitarismo: CLARKE, Dean. Op. Ct.

²⁵⁸ LIBERALISMO. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Op. Cit. p. 689.

Opostos à essa ideia de que o móvel do indivíduo é o desejo de satisfação estarão os pensadores não-consequencialistas. Vimos que KANT, por exemplo, em sua **Fundamentação da metafísica dos costumes** não admitiria o desejo como o motor da ação humana, pois a necessidade prática de agir “não assenta em sentimentos, impulsos e inclinações” ²⁵⁹.

Diremos, voltando aos termos de LACEY, que um raciocínio consequencialista incluirá como importante fator na avaliação moral das ações humanas a busca por resultados tangíveis- efeitos, consequências, os quais aumentariam ou diminuiriam os níveis de felicidade ²⁶⁰.

Um raciocínio deontológico ou não-consequencialista, por seu turno, se foca menos (podendo mesmo eliminar) numa avaliação de resultados. É um raciocínio em que a avaliação moral das ações é fundamental, pois as escolhas, para serem julgadas válidas devem guardar respeito a direitos e deveres considerados inafastáveis ²⁶¹.

Não precisamos dizer muito mais sobre essa distinção, uma vez que a sua pertinência para o tema deste trabalho é mais do que evidente. Cabe ressaltar, no entanto, que a hipótese de justificação que estamos levando em consideração, a da pena como retribuição, assume claramente uma posição. A ponto de, como já dissemos, existirem olhares sobre o retributivismo que mais vêem uma negativa do pensamento consequencialista (especialmente na forma utilitarista) do que uma teoria com contornos próprios ²⁶².

6.4. LIBERALISMO E RETRIBUIÇÃO: FECHANDO O CÍRCULO.

Antes de passarmos para a última parte deste trabalho, suportaremos ainda um breve tópico que se configura até certo ponto desnecessário. Desnecessário, mas não inútil.

²⁵⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. p.71.

²⁶⁰ LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 152.

²⁶¹ LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 152.

²⁶² Assim, a título de ilustração: CATTANEO, Mario A. Op. Cit. 118.; RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. Cit. p. 163; BUSATO, Paulo Cesar. Op. Cit. p. 220.

Reservamos o estudo dos argumentos contemporâneos do retributivismo (ou, se preferirmos- o estudo da teoria retributiva da pena hoje) para a parte final de um trajeto um pouco tortuoso, mas que se impôs pelo próprio andamento da pesquisa. Se nossa atenção inicial era justamente voltada para o que diremos ao final, seu estudo mostrou que havia muito para se compreender e expor antes de dizê-lo. Assim, todo o trabalho até o ponto presente (que, em verdade, ocupará a maior parte do que temos para expor) nada mais é do que uma ilustração dos diferentes focos de atenção que fomos obrigados a atender antes de bem compreendermos onde pisávamos.

Superada essa ressalva um pouco autocomiserativa, este tópico comporta um fechamento do raciocínio até aqui desenvolvido. Nenhum argumento novo aparecerá (daí sua desnecessidade), mas parece prudente voltarmos alguns passos atrás, apenas para falarmos novamente em retribuição, o que já nos servirá simultaneamente como introdução à próxima parte.

Diremos de antemão que nos apoiaremos diretamente em algumas poucas páginas em que Nicola LACEY ²⁶³ reflete especificamente sobre a relação entre liberalismo e retribucionismo, de forma a não adiantar os argumentos que apresentaremos mais tarde, pois que coincidentes.

Desta feita, inspirados em LACEY, concluiremos destacando alguns importantes pontos de contato entre os principais argumentos das teorias retributivas e os aspectos que apontamos como mais centrais no pensamento liberal:

a) O retributivismo claramente se adéqua à linha de pensamento liberal não-consequencialista. A justificação moral da imposição de penas, numa teoria retributiva, nega ou restringe a relevância dos efeitos da ameaça e imposição das punições.

b) Há um importante ponto de apoio da teoria retributiva na ideia de individualismo liberal, principalmente “quando os argumentos retributivistas são postos para fora ²⁶⁴”. Nessa linha, apelos como tomar o indivíduo como agente moral; respeitá-lo por sua vontade; tratá-lo como fim; reconhecer sua dignidade; etc.

²⁶³ LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 153-156.

²⁶⁴ LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 154 (tradução nossa).

c) Em muitas teorias retributivas, o substrato do contratualismo liberal é evidente, a partir de argumentos de mutualidade em benefícios e cargas distribuídas no meio social ou recorrendo a um suposto acordo tácito do indivíduo com as obrigações da sociedade.

d) O retributivismo, seguindo a noção de liberal de refutar o paternalismo, nega a imposição de um benefício ou correção pela pena. Antes, a punição se justifica por uma escolha do indivíduo como agente livre.

e) Ao enquadrar a justificação da pena em termos de justiça e direitos individuais, o retributivismo se alinha ao pensamento liberal, utilizando-se do mesmo suporte teórico. Fala-se, assim, em esferas de não-intervenção; renúncia a direito; justo merecimento; direito à pena; etc.

7. O RETRIBUTIVISMO HOJE.

Em que pese a tradição retributiva, cujas origens são antigas e cujos efeitos no modo como pensamos as penas não podem ser menosprezadas ²⁶⁵, academicamente o retributivismo não era bem recebido até recentemente.

Propomos, assim, iniciar esta última parte do trabalho situando quando e porque um ressurgimento da reflexão retributivista foi possível, a partir de uma situação específica. Servirá este primeiro painel para introduzir a discussão posterior, que se focará na apresentação e no questionamento dos principais argumentos apresentados pelos defensores contemporâneos do retributivismo.

7.1. FAZENDO JUSTIÇA.

O “renascimento” das teorias retributivas pode ser, sem medo, bem situado no mundo Anglo-Americano ²⁶⁶. Aparece como uma reação à forma dominante como eram pensadas as penalidades. O interessante é que é um movimento que parte de uma questão prática, acarretando no surgimento de inúmeras publicações em filosofia penal, as quais, rapidamente obtêm influência bastante forte em reformas políticas. Vejamos, assim, como isto se deu.

Para tanto, podemos seguir Andrew von HIRSCH, cuja centralidade neste processo ficará demonstrada. Afirma o professor da Universidade de Cambridge, que o interesse renovado no retributivismo tem origem em obras de filosofia moral analítica do pós-Segunda Guerra Mundial ²⁶⁷. Boa parte dessas obras a que von HIRSCH se refere foram agrupadas na já por nós citada coletânea dirigida por H. B. ACTON, intitulada A Filosofia da Pena (**The philosophy of punishment**)²⁶⁸.

Reúne esta edição algumas das principais contribuições da produção filosófica para a compreensão da moralidade da pena. Não poucas destas

²⁶⁵ A obra de William Miller é bastante esclarecedora para esse resgate da profundidade da tradição retributiva: MILLER, William Ian. Op. Cit.

²⁶⁶ DUFF, R.A.. **Punishment, Retribution and Communication**. in: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing**. p. 126.

²⁶⁷ von HIRSCH, Andrew. **Proportionate Sentence: a desert perspective**. In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing**. Readings on theory and policy. p. 115.

²⁶⁸ ACTON, H. B.. **The philosophy of punishment**.

contribuições abordam diretamente a possibilidade de se pensar a pena em termos retributivos, a destacar, J.D. MABBOT ²⁶⁹, Anthony QUINTON ²⁷⁰, C. W. K. MUNDLE ²⁷¹, K. E. BAIER ²⁷² e, principalmente, K. G. ARMSTRONG ²⁷³.

Na leitura de von HIRSCH, estas obras foram essenciais para denunciar um problema constante na filosofia da pena. Isto porque destacavam a necessidade de uma abordagem crítica da maneira puramente instrumental com a qual se pensavam matérias penais até ali- evidenciada pelo transporte constante de entendimentos utilitaristas para a área ²⁷⁴.

Von HIRSCH, importante que se diga, como representante do retributivismo, apresenta uma abordagem já bastante subjetivada da situação. Seu entender deixa transparecer, sintomaticamente, que sua ideia de utilitarismo incide em justificativas de atropelos a direitos individuais em nome de uma maioria ²⁷⁵, por exemplo.

De qualquer forma, as discussões aportadas foram de real relevância. Deram o tom de uma construção filosófica que ganharia crescente sofisticação. Introduzem, assim, a exploração de ideias que se oporiam às dominantes teorias preventivas e de reforma dos criminosos. Sua maior importância está em iluminar uma direção aparentemente esquecida.

Um posterior “resgate” dessa direção, iniciado nos EUA, foi impulsionado por uma questão bastante palpável- a constatação de que havia um descompasso insuperável entre o discurso reabilitativo-preventivo e a realidade prática das políticas penais. São semelhantes os termos de Richard W. BURGH, para quem o renascimento do retributivismo se deveu, em última análise, à crescente percepção da inadequação do ideário utilitarista ²⁷⁶. Começa, assim, uma preocupação cada vez mais acentuada em buscar respostas diferentes para problemas que insistiam em permanecer não solucionados.

²⁶⁹ MABBOTT, J. D. Op. Cit.

²⁷⁰ QUINTON, ANTHONY M. **On punishment**. In: ACTON, H. B..**The philosophy of punishment**. p. 55-64.

²⁷¹ MUNDLE, C. W. K.. **Punishment and desert**. In: ACTON, H. B..**The philosophy of punishment**. p. 65-82.

²⁷² BAIER, K. E.. **Is punishment retributive?** In: ACTON, H. B..**The philosophy of punishment**. p. 130-137.

²⁷³ ARMSTRONG, K. G.. Op. Cit.

²⁷⁴ von HIRSCH, Andrew. Op. Cit. p. 115.

²⁷⁵ von HIRSCH, Andrew. Op. Cit. p. 115.

²⁷⁶ BURGH, Richard W.. Op. Cit. p. 194.

É com base nessa preocupação que surge um importante relatório, sugestivamente intitulado *Luta por Justiça (Struggle for Justice)*, em 1971 ²⁷⁷. Sua origem curiosa- era uma publicação do *American Friends Service Comittee*, associação patrocinada por Quakers (grupo que Gabriel Ignacio ANITUA qualifica como aqueles que “que simplesmente queriam mais sangue” ²⁷⁸)- aponta para a premência que um debate acerca das formas de pensar políticas penais ganhava naquela realidade.

Por meio do texto de *Struggle for Justice*, o comitê americano manifestava “sua preocupação com as consequências do sistema disciplinar que eles mesmos haviam criado um século antes, razão pela qual prestariam atenção até mesmo ao abolicionismo” ²⁷⁹.

Levantava-se, no relatório, uma inquietação (ou mesmo uma defesa) com penas moderadas; um sistema que se pautasse por uma proporcionalidade entre delito e penas; e, principalmente, a necessidade de se revestir as respostas penais de alguma racionalidade ²⁸⁰.

Um impulso estava dado, partindo de uma constatação eminentemente prática: fazia-se necessário pensar mais no assunto. Pela própria natureza do relatório, não estavam ali expressos conceitos elaborados, muito menos havia um verdadeiro embasamento teórico capaz de fornecer respostas mais sistemáticas. Este esforço, no entanto, não demoraria a ser enfrentado.

Já em 1976, outro comitê (*Committee for the Study of Incarceration*), dirigido por Andrew Von HIRSCH, publica **Doing Justice** ²⁸¹, um estudo multidisciplinar que, ao lado de outras publicações quase contemporâneas ²⁸², marca o que David BOONIN chama de “virada da maré” na filosofia penal:

²⁷⁷ von HIRSCH, Andrew. Op. Cit. p. 115.

²⁷⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 806.

²⁷⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. Op. Cit. p. 806.

²⁸⁰ von HIRSCH, Andrew. Op. Cit. p. 115.

²⁸¹ O prefácio e um resumo das principais conclusões de **Doing Justice** foi editado em: von HIRSCH, Andrew. **Doing Justice: The choice of punishments**. In: JACOBY, Joseph E.. **Classics of Criminology**. p. 373-380.

É a essa edição que recorreremos.

²⁸² Andrew Ashworth aponta para **Punishment and desert**, de J. Kleinig (1973) e **A Non-utilitarian Approach to Punishment**, de HG McCloskey (1965), bem como a já citada **The retributivist strikes back**, de K. G. Armstrong (1961), cuja importância esperaria até a década de 1970 para ser percebida. David Boonin, por sua vez, indica o relatório do *Twentieth Century Fund Task Force on Criminal Sentencing*, intitulado **Fair and Certain Punishment** (1976).

Respectivamente: ASHWORTH, Andrew. Op. Cit. p. 102; BOONIN, David. Op. Cit. p. 86 (nota 3).

²⁸³ BOONIN, David. Op. Cit. p. 86, nota 3 (tradução nossa).

Até inícios da década de 1970 o retributivismo era um ramo relativamente minoritário na literatura da pena, a qual era dominada pela posição consequencialista. A situação começou a mudar com a publicação de dois livros, em 1976: *Doing Justice*, de von Hirsch, e *Fair and Certain Punishment*, o relatório do *Twentieth Century Fund Task Force on Criminal Sentencing*. A maré, desde então, virou tão significativamente que em 1990 um estudioso do assunto poderia plausivelmente escrever, numa revisão de publicações neste campo, que ‘hoje, a teoria da pena é amplamente retributiva’²⁸³.

Gabriel Ignacio ANITUA não esconde seu tom crítico em relação a esse movimento. Em um julgamento que nos parece bastante apressado, afirma:

O retribucionismo se afastaria da imposição de limites à penalidade para aproximar-se das demandas ‘de senso comum’, que coincidiriam com as únicas ‘ofertas’ que as instituições penais dos Estados estavam dispostas a fazer. E lhes trazia uma nova justificativa para continuar fazendo o de sempre e que já não se podia fazer mais, de acordo com o que os próprios neocontratualistas observavam²⁸⁴.

De fato, refletir sobre o retributivismo entra em contato com demandas do ‘senso comum’, como já dissemos no início do trabalho e como o próprio van HIRSCH admite, ao ressaltar que conceitos como o de “merecimento”, na filosofia penal, cotejam com algo que “constitui parte integral de julgamentos morais do dia-a-dia”²⁸⁵. Contudo, parece ingênuo afirmar que isto é um sintoma puro de uma vontade tão enfática em atender demandas punitivas (ainda que se possa detectar uma vontade exatamente nesses termos em muitos casos).

De acordo com nossa hipótese, a nova tendência de resgate do retributivismo tem raízes muito mais profundas que uma mera vontade- é uma

²⁸³ BOONIN, David. Op. Cit. p. 86, nota 3 (tradução nossa).

²⁸⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. Op. Cit. p. 805.

²⁸⁵ von HIRSCH, Andrew. **Proportionate Sentence**: a desert perspective. In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing**. Readings on theory and policy. p. 115 (tradução nossa).

manifestação de uma visão de mundo escorada na teoria liberal. Isto é algo notado, surpreendentemente, pelo mesmo ANITUA:

não se deve deixar de atentar para o fato de que a reflexão filosófica e jurídica sobre a 'justiça', na qual se assentam algumas ideias que passarei a expor, não reflete um ingênuo regresso às ideias kantianas. Na verdade, ela se apoia numa elaborada construção teórica que teve lugar Estados Unidos durante a década de 1970, empreendida por Ronald Dworkin e John Rawls²⁸⁶.

Mesmo o descartado “regresso às teorias kantianas” já demonstraria que a “virada da maré” não parte de um nada. De todo modo, qual era o teor dessa mudança? A partir de que termos e que conceitos se passou a refletir?

Um bom indício está no próprio **Doing Justice**. Von HIRSCH, como relator e porta-voz do comitê encarregado, dirá que os resultados do estudo denunciavam um modelo conceitual que se distancia sobremaneira do modo como se acostumou a pensar a pena ao longo do século XX²⁸⁷.

Se predominava a ideia de que o criminoso era caracterizado por sua periculosidade e a pena deveria ser adequada para eliminar ou conter essa característica, o que **Doing Justice** propõe é que a pena dependeria unicamente do ato criminoso, isto é, a pena seria simplesmente uma resposta à gravidade do delito²⁸⁸. Apostava-se, assim, numa justificação em termos de justiça- isto é, na ideia de que, por uma questão de justiça (que poderá ser entendida a trabalhada de diferentes maneira, como veremos), merece o criminoso ser punido.

Boa parte da ideia de que o sistema penal americano precisava ser imediatamente repensado estava no importante fato de que até aquela década de 1970 “na maioria dos estados norte-americanos continuava vigendo a indeterminação das penas²⁸⁹”. Com tais consequências práticas, fácil perceber o porquê de muitos teóricos repelirem o utilitarismo tão veementemente.

²⁸⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. Op. Cit. p. 804.

²⁸⁷ von HIRSCH, Andrew. **Doing Justice**: The choice of punishments. In: JACOBY, Joseph E.. **Classics of Criminology**. p. 373.

²⁸⁸ von HIRSCH, Andrew. Op. Cit. 374.

²⁸⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. Op. Cit. p. 805.

Assim, entre os principais objetivos da nova proposta, que começava a ganhar forma a partir de **Doing Justice**, estava eliminar sentenças indeterminadas²⁹⁰. Concomitantemente, buscava-se a redução nas disparidades em sentenças sobre casos semelhantes, bem como a reserva da pena de prisão apenas a casos considerados graves²⁹¹.

Como dito, não só **Doing Justice**, junto a outras importantes publicações, estabeleceu novos rumos acadêmicos, mas acarretou também rápidas mudanças práticas, as quais transcenderam mesmo a realidade americana. Dessas, a mais perceptível foi a adoção de “guias” para sentenciar (*sentencing guideline systems*²⁹²), cujo objetivo declarado era reduzir a discricionariedade das decisões²⁹³.

Salta aos olhos a difusão dessa nova orientação. Dirá ASHWORTH:

Desde então [a partir da década de 1970], a orientação voltada para o merecimento gozou de significativa proeminência em escritos em teoria da sentença, além de influência contínua (embora por vezes contestada) em políticas de condenação em diferentes jurisdições, fato ilustrado por sua adoção em vários sistemas de determinação de sentença americanos (como Minnesota e Oregon), na lei finlandesa de 1976 e a lei de sentenças sueca de 1988, em recentes propostas na Nova Zelândia e, em menor medida, nos estatutos reformativos ingleses de 1991 e 2003²⁹⁴.

Não será nosso objetivo debater diretamente o teor dessas reformas e propostas. Em atenção à nossa exploração, **Doing Justice** não nos interessa por suas recomendações para escalonar penalidades, por exemplo²⁹⁵. Para nós, a importância de **Doing Justice** está em sua influência no modo de se pensar a justificação da pena. Pois o problema da pena, não importava que reformas se propunha e adotava, se mantinha- os próprios contribuidores do relatório têm disso consciência, uma vez que se propunham a discuti-lo.

²⁹⁰ von HIRSCH, Andrew. Op. Cit. 374.

²⁹¹ von HIRSCH, Andrew. Op. Cit. 374.

²⁹² ASHWORTH, Andrew. Op. Cit. p. 102. Também: von HIRSCH, Andrew. **Proportionate Sentence: a desert perspective**. In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing**. Readings on theory and policy. p. 115.

²⁹³ ANITUA, Gabriel Ignacio. Op. Cit. p. 807.

²⁹⁴ ASHWORTH, Andrew. Op. Cit. p. 102 (tradução nossa).

²⁹⁵ Para tanto, veja-se: von HIRSCH, Andrew. **Doing Justice: The choice of punishments**. In: JACOBY, Joseph E.. **Classics of Criminology**. p. 375-380; para uma leitura crítica dessas sugestões: CHRISTIE, Nils. **Crime control as industry**. Towards GULAGS, Western Style. Ver, especialmente, o capítulo 10- **Modernity in decisions** (p. 151-164).

Portanto, nosso foco estará, de modo geral, no pano de fundo de todas essas mudanças. Isto é, no raciocínio filosófico que era capaz de as sustentar. De que modo a palavra merecimento se tornou uma constante em escritos em filosofia da pena? Sobre que argumentos se passou justificar a pena em termos de merecimento e justiça? Sempre será essa a questão que qualquer teoria retributiva terá de responder. Nesse aspecto, estamos de pleno acordo com R. A. DUFF:

O desafio central para qualquer retributivista é explicar a noção de merecimento penal. Nos é dito que 'os culpados merecem sofrer' e que a correta função da pena é impor sobre eles esse sofrimento merecido: mas o que exatamente merecem sofrer, e por que? O que essa alegada relação justificativa entre crime e pena: o que há no crime que faz da pena- a aplicação oficial de algo intencionalmente oneroso- uma (se não a única) resposta apropriada ²⁹⁶?

A questão se agrava quando olhamos para a natureza das teorias retributivas. São elas intrinsecamente indemonstráveis. Na contramão de teorias com bases consequencialistas, cuja validade depende, em grande medida de sua facticidade, teorias retributivas operam a partir de uma cisão com a materialidade (por mais que se esforcem por não fazê-lo). Parece ser este o ponto que a qualificação de ZAFFARONI da nova retribuição como “mecanismos de fuga” mais fere ²⁹⁷.

Nossa preocupação, sabendo desse problema, se alinhará em grande medida com aquela que levou David DOLINKO a redigir seu **Thoughts about retributivism**: diante da dependência das teorias retributivas de noções imateriais, e de seu apelo constante a expressões vagas e cujo sentido é pouco apreensível (como nulificação do crime; restabelecimento do equilíbrio; e o próprio merecimento), foram os proponentes do retributivismo capazes de construir uma defesa que poderíamos considerar racional e plausível ²⁹⁸?

De forma a facilitar a exposição, contaremos com ajuda de David BOONIN e partiremos da divisão em três grandes grupos, que trabalham com argumentos diferentes. BOONIN fala em três abordagens (*approaches*) para o retributivismo:

²⁹⁶ DUFF, R.A.. Op. Cit. p. 126 (tradução nossa).

²⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. p. 81-83.

²⁹⁸ DOLINKO, David. Op. Cit. p. 539.

merecimento (*desert-based retributivism*); perda de direitos (*forfeiture-based retributivism*); e equidade ou justiça (*fairness-based retributivism*)²⁹⁹.

Concordaremos com a divisão de BOONIN, mas não com a nomenclatura que utiliza. Isto porque, como dissemos, estamos de acordo com DUFF³⁰⁰, no sentido de que qualquer teoria retributiva lidará com a questão do porquê merece alguém ser punido.

Os diferentes autores nos quais nos apoiaremos atribuem os mais variados títulos para os mesmos grupos de teorias, os quais justamente BOONIN expõe com mais clareza. Assim, a abordagem que BOONIN³⁰¹ chama de merecimento, é muito próxima do que DOLINKO³⁰² entende por retributivismo forte ou vigoroso (*bold*), bem como daquilo que HONDERICH³⁰³ chamará de retributivismo intrínseco (*intrinsic retributivism*). Noutro passo, o que ANDERSON³⁰⁴ chama de reciprocidade (*reciprocity retributivism*), BURGH³⁰⁵ explicará em termos de obrigação política (*political obligation*) e MURPHY verá como equilíbrio moral (*moral balance*³⁰⁶) E assim por diante...

Faremos uma opção um pouco arbitrária, mas seguindo aquilo que nos parece mais apropriado (até mesmo pela própria tradução ao português). Em suma, emprestaremos a divisão de BONNIN, mas falaremos em (6.2) retributivismo intrínseco (HONDERICH); (6.3) perda de direitos (BOONIN³⁰⁷); e (6.4) equilíbrio moral (MURPHY).

²⁹⁹ BOONIN, David. Op. Cit. p. 86.

³⁰⁰ DUFF, R.A.. Op. Cit. p. 126.

Também DOLINKO: "Vamos pensar num retributivista como uma pessoa que fornece ou uma justificação racional para a pena, ou sua justificação moral, ou ambas, apelando para a noção de que os criminosos merecem a pena..." . DOLINKO, David. Op. Cit. p. 541. No mesmo sentido: BURGH, Richard. W. Op. Cit. p. 195.

³⁰¹ BOONIN, David. Op. Cit. p. 87-101.

³⁰² DOLINKO, David. Op. Cit. p. 542.

³⁰³ HONDERICH, Ted. Op. Cit. p. 212.

³⁰⁴ ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 16-17.

³⁰⁵ BURGH, Richard. W. Op. Cit. p. 202.

³⁰⁶ MURPHY, Jeffrie G.. **Legal moralism and retribution revisited**. p. 12.

³⁰⁷ BOONIN, David. Op. Cit. p. 101-119.

7.2. “PORQUE SIM”: O RETRIBUTIVISMO INTRÍNSECO.

Começemos por aquela teoria que se mostra mais direta ³⁰⁸ (e mais crua). O que entenderemos por retributivismo intrínseco é aquele grupo de argumentos que procura justificar a pena com base na simples afirmação de que aqueles que cometeram crimes merecem ser punidos, parando por aí- vê-se porque BOONIN chama-o de retributivismo baseado no merecimento.

Coerentemente, seu representante de maior peso dirá que “a pena se justifica porque e tão somente porque os ofensores a merecem” ³⁰⁹. Mais, a culpabilidade moral confunde-se com o fato de que julgamos ofensores como merecedores de serem punidos, tornando-se uma condição suficiente e necessária para justificar respostas penais ³¹⁰.

A partir dessa ideia, reivindicarão os defensores desse tipo retributivismo a ideia de que o fato de que alguns merecem ser punidos faz nascer um direito da sociedade em puni-los, bem como uma obrigação em fazê-lo ³¹¹. Não por acaso, usamos Michael MOORE para ilustrar dois dos mais obscuros princípios do retributivismo- Justiça Inerente e Necessidade da Pena ³¹². É aqui que o retributivismo se apresenta mais livre de qualquer argumento posterior. Punimos porque eles merecem.

Podemos objetar esta ideia questionando, antes de tudo, sua própria lógica. Assumamos por ora que sim, merecem ser punidos aqueles que julgamos culpados. Desta afirmação seguirá que a prática da pena está justificada? Isto é, o fato de assumirmos que algumas pessoas merecem sofrer, como resposta aos atos que praticaram, justifica que a sociedade se engaje em puni-las?

A resposta só poderá ser negativa. DOLINKO traz uma argumentação semelhante e diz:

O retributivismo forte (*bold*) afirma que criminosos (*lawbreakers*) merecem a pena e que isto, por si só, constitui uma boa ou suficiente razão para o Estado lhes infligir penas. Aceitando, a título de argumentação, a primeira

³⁰⁸ BOONIN, David. Op. Cit. p. 87.

³⁰⁹ MOORE, Michael S.. Op. Cit. p. 110.

³¹⁰ MOORE, Michael S.. Op. Cit. p. 110.

³¹¹ BOONIN, David. Op. Cit. p. 87.

³¹² ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 14.

destas afirmações, podemos mesmo assim duvidar da segunda. Afinal, o governo, Estado ou “sociedade” não toma automaticamente para si a iniciativa de dar às pessoas o que elas merecem em outros aspectos ³¹³.

Da aceitação da já duvidosa afirmação de que aqueles que julgamos culpados devem ser punidos- devem sofrer-, não decorre que punir aqueles que merecem se justifica como atividade política. O fato de alguém ter uma vida imaculada, seguindo perfeitamente os preceitos morais da sociedade em que vive pode dar ensejo à afirmação de que esta pessoa merece que boas coisas lhe ocorram. Disto, no entanto, não decorre que seja aceitável que a sociedade, o Estado lhe forneçam boas coisas. Estamos fazendo uso, claro, de um argumento escandalosamente liberal, mas que parece capaz de retirar qualquer fundamento do retributivismo intrínseco.

Não obstante, algumas respostas um pouco mais elaboradas podem ainda ser esboçadas pelos defensores da teoria em análise. Destacaremos duas. A primeira parte de uma arguição caso a caso, intencionando demonstrar que teremos uma inclinação por aceitar a ideia de que a pena é merecida. Essa ideia é debatida por David BOONIN ³¹⁴ A outra é a ideia de que há um bem intrínseco no sofrimento dos culpados. É Ted HONDERICH quem a discute ³¹⁵.

Começando pela primeira possibilidade, dependeremos de uma resposta afirmativa com origens intuitivas para a questão se, em alguns casos, é moralmente aceitável que o Estado se engaje em aplicar a pena ³¹⁶. O apelo aqui recairá em situações atroz, diante das quais surgiriam sentimentos negativos- ou respostas intuitivas. Se, como supõe os proponentes do retributivismo intrínseco, a maioria das pessoas acredita que a punição se justifica nessas situações, essa resposta poderia ser generalizada para casos menos impactantes, como justificação geral para a pena ³¹⁷.

³¹³ DOLINKO, David. Op. Cit. p. 542 (tradução nossa).

³¹⁴ Boonin chama esta argumentação de “argument from cases”. BOONIN, David. Op. Cit. p. 87-93.

³¹⁵ HONDERICH, Ted. Op. Cit. P. 212-215.

³¹⁶ BOONIN, David. Op. Cit. p. 87.

³¹⁷ BOONIN, David. Op. Cit. p. 89.

É precisamente no que se apóia MOORE:

Suspeito que praticamente qualquer pessoa ao menos tem a tendência- a qual pode refutar tão logo a detecte, mas a tendência existe- de julgar malfeitores (*wrongdoers*) culpáveis como merecedores de punição. Imagine-se que crimes [atroz] são cometidos, mas não há quaisquer motivos utilitaristas ou reabilitativos para punir. O assassino efetivamente encontrou Cristo, por exemplo, de forma que ele ou ela não precisa ser reformado; ele ou ela não é perigoso por qualquer razão; e o crime pode passar despercebido, de forma que a pena por prevenção geral não se justifica. (...) Nessa situação, deve o criminoso ser punido? Minha hipótese é de que a maioria de nós ainda assim sente alguma inclinação, não importa quão tentadora, de punir ³¹⁸.

Percebe-se que este caminho não nos leva muito além daquele problema que já discutimos- mesmo se assumíssemos que, realmente, todos temos uma inclinação ou tendência para julgar criminosos como merecedores de punição, servirá esta constatação como motivo suficiente para justificar a existência da pena como prática social e política? BOONIN dá uma resposta bastante contundente para os proponentes desse caminho argumentativo, retirando o suporte de MOORE:

O problema da pena (...) surge não porque as pessoas não possuem essa crença, mas precisamente porque elas a possuem e são então levadas a questionar se essa crença é justificada. Sendo assim, apelando para o fato de que as pessoas já crêem que a pena se justifica nesses casos não serve como base para resolução do problema. Pode servir somente como lembrete da existência do problema ³¹⁹.

De fato, ao afirmar que “ou se acredita na pena como inerentemente correta, ou não, sendo que isso é tudo que se pode dizer” ³²⁰, MOORE sequer toca no

³¹⁸ MOORE, Michael S.. Op. Cit. p. 112 (tradução nossa).

³¹⁹ BOONIN, David. Op. Cit. p. 89 (tradução nossa).

³²⁰ MOORE, Michael S.. Op. Cit. p. 110.

“problema da pena”. Está simplesmente fazendo a constatação (por si só duvidosa) de que cremos que culpados merecem sofrer ³²¹.

Um outro caminho para tentar salvar o retributivismo intrínseco é levantado por Ted HONDERICH. Não é um caminho que muito se afasta dos argumentos anteriores, contudo. A objeção que a ele oporemos é, em última análise, a mesma- mas talvez a possamos construir em outros termos.

Segundo HONDERICH, alguém que defende o retributivismo intrínseco dirá algo sobre culpa, sobre merecimento e sobre a pena, mas o único sentido que se pode retirar de seu discurso é que o sofrimento dos culpados é algo bom por si só (intrinsecamente bom) ³²².

A constatação da existência desse bem (o sofrimento dos culpados), dirá um retributivista intrínseco, é algo que não se poderia negar e a falta de um argumento oposto seria capaz de justificar a pena. Portanto, esse caminho se apóia na falta de um argumento contrário.

HONDERICH aponta, ao lado da forte objeção que já expusemos, um problema específico para este tipo de alegação: é, no mínimo, muito discutível que realmente haja um bem intrínseco em punir os culpados ³²³, uma vez que “esse retributivismo, presumivelmente, descobriria tantos bens intrínsecos, cada qual envolvendo uma certa culpa e um certo sofrimento, quantas diferentes culpas houvesse” ³²⁴. A suposta obviedade e inerência do bem já não se manteriam.

Por fim, o melhor que se pode dizer sobre o retributivismo intrínseco é que realmente parece haver algo muito atrativo no sofrimento dos culpados, razão pela qual este tipo de argumentação se mantém presente. Em certa medida, o retributivismo intrínseco aponta na direção correta na hora de avaliar a natureza da pena- mas falha miseravelmente em compatibilizá-la com alguma justificativa plausível.

³²¹ Para uma discussão um pouco mais elaborada da argumentação de Moore (e Kershnar), ver diretamente o que diz David Boonin. Para nosso propósito, o que dissemos já parece suficiente. BOONIN, David. Op. Cit. p. 87-103.

³²² HONDERICH, Ted. Op. Cit. p. 212.

³²³ HONDERICH, Ted. Op. Cit. p. 213.

³²⁴ HONDERICH, Ted. Op. Cit. p. 215 (tradução nossa).

Há, no entanto, um importante *insight* de Michael MOORE a respeito de uma figura que julgamos ser bastante presente e real (e Jeffrie MURPHY é nossa prova³²⁵), o retributivista relutante:

Um retributivista relutante é alguém que, de alguma maneira, é repelido pelo retributivismo, mas que, não obstante acredita: (1) que deve haver pena; (2) que as únicas teorias da pena possíveis são as utilitaristas, reabilitativas, retributivistas, ou algum misto entre elas; e (3) que há objeções decisivas para as teorias utilitaristas e reabilitativas, bem como qualquer teoria mista que se utilize dessas ideias em qualquer combinação. Essa pessoa se torna, ainda que relutantemente, um retribucionista por natureza³²⁶.

Esse retributivista relutante, na verdade, é aquele que não enxerga justificativa para a pena como instituição política, mas não consegue se afastar do sentimento de que devem os culpados sofrer. Uma arriscada hipótese a ser futuramente estudada é se essa figura não seria aquela que melhor representaria a “essência” (se é que algo assim pode existir) do retributivismo.

7.3. A RETRIBUIÇÃO PELA PERDA DE DIREITOS.

Vimos que o que chamamos de retributivismo intrínseco não é capaz de fornecer uma justificativa razoável para a pena. Os próximos dois grupos de argumentos que analisaremos realizarão uma tentativa de entender a noção de merecimento em termos muito mais racionais (embora, mesmo assim, falhos). São tentativas que se mostram muito próximas do que delineamos como os pontos fundamentais do liberalismo- se na primeira delas, a ideia de direitos individuais é essencial, na segunda a presença de elementos oriundos do contratualismo liberal é indiscutível.

³²⁵ Seu artigo **Legal moralism and retribution revisited** é o relato de um pensador que percorre um caminho que se afasta cada vez mais da aceitação de argumentos retributivistas, mas que, paradoxalmente, “ainda tinha fortes intuições retributivas”. MURPHY, Jeffrie G.. Op. Cit. p. 14.

³²⁶ MOORE, Michael S.. Op. Cit. p. 111 (tradução nossa).

Vejamos, pois, como se apresentam os argumentos que advogam pela justificação da pena com base na perda ou confisco (*forfeiture*) de direitos.

Uma primeira ideia está na suposição básica de que indivíduos têm direitos. E que uma organização política deve zelar por sua preservação, sendo este o principal (se não o único, como quer NOZICK ³²⁷) motivo que a justifica moralmente. Dissemos ser este um dos aspectos mais importantes do liberalismo.

Assumindo essa noção liberal de organização política, concordaremos com BOONIN, ao dizer que, “ao menos em casos típicos, seria errado o Estado confiscar seu dinheiro, encarcerá-lo ou executá-lo, pois isto violaria seus direitos” ³²⁸.

Sendo assim, há uma proibição *prima facie* da violação dos direitos individuais. Para justificar a prática de imposição intencional de dor por parte do Estado com base no merecimento, o retributivismo de direitos teria que superar este obstáculo. E o faz com base na ideia de que, ao cometer um crime, estará sendo automaticamente confiscado seu direito de “não ser intencionalmente feito sofrer”, nas palavras de BURGH ³²⁹.

Não só é essa a tese em que se apoia Alan H. GOLDMAN, como acredita esse autor, ademais, que este é um argumento inevitável se quisermos justificar a pena. Pois,

Se quisermos justificar a punição de malfeitores ou criminosos em particular, isto é, se quisermos mostrar porque *eles* não podem legitimamente reclamar de uma injustiça contra eles praticada pela imposição da pena, devemos sustentar que eles perderam aqueles direitos de que lhes privamos ³³⁰.

Portanto, para que a pena seja moralmente aceita, é preciso que o criminoso não possua os mesmos direitos que possuem aqueles que não cometeram crimes ³³¹. A questão a ser respondida é por que e, em que extensão, esses direitos foram perdidos?

³²⁷ NOZICK, Robert. Op. Cit. 17-167.

³²⁸ BOONIN, David. Op. Cit. p. 104 (tradução nossa).

³²⁹ BURGH, Richard. W. Op. Cit. p. 198.

³³⁰ GOLDMAN, ALAN H.. **The paradox of punishment.** p. 43 (tradução nossa).

³³¹ BOONIN, David. Op. Cit. p. 105.

A resposta mais bem trabalhada é justamente aquela a qual delinea GOLDMAN ³³². Estabelece essa linha uma necessária relação entre direitos e deveres. Assim, a resposta de GOLDMAN “incorpora a ideia de que ter direitos geralmente implica ter deveres de honrar os mesmos direitos dos outros” ³³³.

Logo, a perda de direitos nada mais seria do que uma consequência do fato do criminoso deixar de honrar esses deveres dos outros- “é plausível que, quando esses deveres não são cumpridos, os direitos deixam de existir” ³³⁴ ou “alguém continua a desfrutar de direitos apenas enquanto respeitar esses direitos em outros: violação constitui perda” ³³⁵.

Seguindo a proposta de GOLDMAN, por conseguinte, diremos que o direito de ser tratado de forma igual aos que não cometeram crimes é alienado do criminoso como resposta ao não cumprimento de uma obrigação.

GOLDMAN, importante que se ressalte, não crê que essa perda de direitos se estenda a todos os direitos daquele que descumpriu obrigações. Há uma necessária relação entre o dever não cumprido e o direito que será perdido (manifestação clara do Princípio da Proporcionalidade).

Portanto:

uma pessoa culpada pode alegar que a violação de quaisquer direitos além daqueles perdidos ou alienados, de forma a beneficiar outros, é uma injustiça. E se perguntarmos quais direitos são perdidos ao violar direitos de outros, é plausível responder que são apenas aqueles direitos que se violou (ou um conjunto equivalente) ³³⁶.

De toda a proposta de GOLDMAN, podemos retirar duas afirmações fundamentais, de cuja validade depende a possibilidade de justificar a pena a partir da perda de direitos. Em primeiro lugar, deve ser verdade que sempre que há um direito, deve haver algum dever correlato. Depois, devemos aceitar que o descumprimento de um dever, pela violação do direito de outros, implica, necessariamente, na perda de direitos (sejam os mesmos ou equivalentes).

³³² Diz Boonin ser este “o argumento, de longe, mais proeminente...”. Cita, nessa linha mesma linha: Pilon e Haskar. BOONIN, David. Op. Cit. p. 106.

³³³ BURGH, Richard. W. Op. Cit. p. 198 (tradução nossa).

³³⁴ GOLDMAN, ALAN H.. Op. Cit. p. 43 (tradução nossa).

³³⁵ GOLDMAN, ALAN H.. Op. Cit. p. 45 (tradução nossa).

³³⁶ GOLDMAN, ALAN H.. Op. Cit. p. 45 (tradução nossa).

A afirmação de que a direitos correspondem direitos é (como nas palavras de BURGH ³³⁷) geralmente válida. Para justificar a pena, no entanto, teria que se aplicar a quaisquer casos, tornando aceitável dizer que direitos sempre geram deveres. Não é o caso. BOONIN levanta esta objeção (chama-a de objeção dos direitos sem deveres ³³⁸). Diz BOONIN que crianças pequenas, animais e pessoas com deficiências mentais sérias não são consideradas agentes morais. Não têm, portanto, deveres morais. Ninguém admitiria, contudo, que esses indivíduos não têm direitos- a falta de deveres, assim, não significa falta de direitos ³³⁹.

GOLDMAN poderia condicionar a perda de direitos a uma capacidade específica para responder por atos praticados. De fato, o faz, de forma muito passageira: “(...) uma condição para possuir direitos específicos é honrar os direitos de outros (quando isso é possível)” ³⁴⁰. Essa resposta, no entanto, não torna válida a afirmação de que à direitos necessariamente correspondem deveres. Já estaríamos diante de uma dificuldade do retributivismo de direitos.

Não obstante, a objeção mais importante a esse grupo de propostas está na afirmação de que o descumprimento de uma obrigação (pela violação de direitos de outros) gera a perda dos direitos equivalentes. Embora plausível, para ficarmos nas palavras do próprio GOLDMAN ³⁴¹, essa ideia é falsa. Raciocinará BURGH:

Mesmo que aceitemos a afirmação de que possuir direitos acarreta possuir deveres a honrar os mesmos direitos de outros, não segue que, ao violar direitos de outros, perde-se o direito que se violou. Um juiz que viola o direito de um réu a um julgamento justo não perde seu direito a um julgamento justo. Uma pessoa que viola o direito de outra à livre expressão não perde seu direito à livre expressão. Um executivo que viola um contrato não perde o direito a realizar um contrato. A lista pode continuar. O ponto que surge, todavia, é que a violação de direitos não constitui, simplesmente, perda de direitos. Logo, meramente apontar para o fato de que o criminoso violou direitos de alguém é insuficiente pra mostrar que ele perdeu seu direito a não ser intencionalmente feito sofrer ³⁴².

A constatação de que a violação de direitos não gera automaticamente (sequer não maior parte dos casos) a perda de direitos correspondentes, torna

³³⁷ BURGH, Richard. W. Op. Cit. p. 198.

³³⁸ BOONIN, David. Op. Cit. p. 107-108.

³³⁹ BOONIN, David. Op. Cit. p. 107.

³⁴⁰ GOLDMAN, ALAN H.. Op. Cit. p. 44 (tradução nossa).

³⁴¹ GOLDMAN, ALAN H.. Op. Cit. p. 43.

³⁴² BURGH, Richard. W. Op. Cit. p. 198 (tradução nossa).

inócua toda a proposta do que chamamos de retributivismo de direitos. Isto porque, partindo da ideia de que direitos individuais são, à princípio, invioláveis por parte do Estado, o retributivismo de direitos falha em encontrar um argumento que torne possível justificar essa violação.

7.4. O EQUILÍBRIO MORAL (OU O MUNDO COMO CLUBE DE CAVALHEIROS).

Passemos, por fim, ao grupo de teorias que procuram justificar a imposição da pena que mais se aproxima de toda a construção que até aqui analisamos, bem como aquela que mais é discutida na filosofia da pena atual ³⁴³. Trata-se, voltando a ANDERSON, de “um peculiar casamento entre contratualismo social e retributivismo” ³⁴⁴. Richard BURGH até mesmo assumirá que esta noção de merecimento teria origens na própria teoria política kantiana ³⁴⁵.

Embora nem sempre explícito entre seus defensores (trabalharemos com dois dos mais importantes: Herbert MORRIS ³⁴⁶ e Jeffrie MURPHY ³⁴⁷), este “casamento” entre o retributivismo baseado no equilíbrio moral e a teoria do contrato social (e, especificamente, a de cunho liberal) salta aos olhos assim que iniciamos qualquer exposição do assunto.

Ilustra-o bem o mesmo ANDERSON, que nos convida, já de início, a imaginarmos um conjunto de indivíduos capazes de comandar livre e racionalmente suas ações- os eventuais crimes que cometem, por conseguinte, são produtos da sua vontade, atos intencionalmente praticados ³⁴⁸.

MORRIS, cuja teoria é analisada por ANDERSON, fará, sintomaticamente, um convite no mesmo tom:

³⁴³ Diz Boonin: “de fato, (...) pode-se considerá-la a forma proeminente de retributivismo na literatura atual”. E Dolinko: “provavelmente a mais influente defesa do retributivismo (...)”.

BOONIN, David. Op. Cit. p. 119; DOLINKO, David. Op. Cit. p. 545.

³⁴⁴ ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 16 (tradução nossa).

³⁴⁵ BURGH, Richard. W. Op. Cit. p. 202.

³⁴⁶ MORRIS, Herbet. **Persons and punishment**. p. 475-501.

³⁴⁷ MURPHY, Jeffrie G.. Op. Cit. p. 5-20; MURPHY, Jeffrie G.. **Marxism and retribution**. p. 217-243.

³⁴⁸ ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 16.

Suponhamos que os homens são constituídos mais ou menos como estão agora, com uma grosseira equivalência em força e habilidades, uma capacidade para serem lesados entre eles e fazer um julgamento de que essa lesão é indesejável, uma força de vontade limitada, e uma capacidade para raciocinar e conformar sua conduta a regras ³⁴⁹.

Todo raciocínio do retributivismo pelo equilíbrio moral depende de uma compreensão de indivíduos, sociedade e organização estatal bastante delimitada dentro de um quadro teórico do liberalismo. Veremos que aquilo que, com LACEY ³⁵⁰, dissemos serem os principais pontos de contato entre a teoria liberal e o retributivismo se tornarão extremamente explícitos nesse momento.

Começemos por expor o núcleo desta tentativa de justificação da pena com base no ensaio de Herbert MORRIS, intitulado **Persons and punishment**, a que MURPHY atribui enorme importância ³⁵¹. A ideia central deste grupo de teorias é buscar uma justificação para a pena partindo de um princípio geral de justiça ou equidade (*fairness*) ³⁵².

Assim, sem nunca se afastar daquela moldura de mundo que já citamos, diz MORRIS que os indivíduos, vivendo numa organização política, compartilham regras das quais retiram benefícios mútuos (ou recíprocos ³⁵³), os quais “consistem na não interferência de outros naquilo que cada pessoa valoriza” ³⁵⁴.

Contudo, esses benefícios acarretam (ou mesmo se apóiam em) ônus de não interferência, os quais são também compartilhados por todos os indivíduos da sociedade: “Possibilitando esse benefício mútuo está a assunção de um ônus (*burden*) por parte dos indivíduos” ³⁵⁵. A fruição de benefícios, portanto, está condicionada a uma carga, um ônus de respeito a regras, cuja manifestação se dará no autocontrole (*self-restraint*) de cada indivíduo ³⁵⁶.

O não respeito, a transgressão desse ônus gera uma injustiça. Isso porque, alguém que viola regras (incluindo, é claro, leis penais) obtém uma vantagem indevida: continua a gozar dos benefícios de viver em sociedade, mas, ao contrário

³⁴⁹ MORRIS, Herbert. Op. Cit. p. 477 (tradução nossa).

³⁵⁰ LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 144-153.

³⁵¹ “Esse ensaio, um dos clássicos da jurisprudência do século XX, quase solitariamente resgatou o retributivismo robusto da obscuridade e o tornou novamente filosoficamente respeitável.” MURPHY, Jeffrie G.. **Legal moralism and retribution revisited**. p. 12.

³⁵² BOONIN, David. Op. Cit. p. 119.

³⁵³ ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 16.

³⁵⁴ MORRIS, Herbert. Op. Cit. p. 477 (tradução nossa).

³⁵⁵ MORRIS, Herbert. Op. Cit. p. 477 (tradução nossa).

³⁵⁶ MURPHY, Jeffrie G.. Op. Cit. p. 12.

de seus semelhantes, não carrega mais o ônus de autocontrole ³⁵⁷. O criminoso passa a “dever” algo à sociedade ³⁵⁸.

A pena, nessa situação, toma a forma de um mecanismo capaz de reestabelecer o equilíbrio. Segundo MORRIS, a justiça, na forma de punição daquele que não exerce o autodomínio (indivíduo alcunhado por MURPHY de *free-rider* ³⁵⁹), “restaura o equilíbrio de benefícios e ônus por retirar do indivíduo o que ele deve, isto é, exigindo o débito” ³⁶⁰.

Um belo resumo de todo esse raciocínio nos é fornecido por MURPHY:

Esta é a essência do retributivismo na versão do equilíbrio moral. Cada cidadão se beneficia por viver sob a vigência de regras (*under the rule of law*)- um benefício apenas possível porque a maioria dos cidadãos, na maior parte do tempo, obedece voluntariamente às regras. Essa obediência envolve a assunção de ônus de autodomínio (*self-restraint*)- restringindo-nos, simplesmente porque a regra o manda, de fazer coisas que gostaríamos muito de fazer ou que nos beneficiariam. O criminoso, nesse modelo, viola o princípio básico de equidade por ser um *free-rider* nesse esquema de cooperação, vez que goza dos benefícios sem realizar os sacrifícios apropriados. Sua punição é, assim, um débito que ele deve àqueles de nós que obedecemos às regras, pois sem ela a vantagem indevida que ele tomou de nós será mantida- um resultado claramente injusto. É por isto que o criminoso merece a pena ³⁶¹.

Em que pese estarmos adiantando um pouco do que diremos na conclusão deste trabalho, parece já pertinente citar o que o mesmo MURPHY, em seu **Marxism and retribution**, aponta como a grande implicação do retributivismo por equilíbrio moral: é-nos exigido imaginar o mundo (ou a relação entre homem e sociedade) na forma de um “clube de cavalheiros”, composto por indivíduos que compartilham valores e regras (inclusive morais) e que, nessa condição, são capazes de distinguir os benefícios e ônus de estarem numa organização política ³⁶².

Não há como compreender a hipótese de MORRIS sem termos em mente essa ideia. Vimos que essa necessidade não passa nem um pouco longe da noção

³⁵⁷ DOLINKO, David. Op. Cit. p. 545.

³⁵⁸ BOONIN, David. Op. Cit. p. 122.

³⁵⁹ MURPHY, Jeffrie G.. Op. Cit. p. 12.

³⁶⁰ MORRIS, Herbet. Op. Cit. p. 478 (tradução nossa).

³⁶¹ MURPHY, Jeffrie G.. Op. Cit. p. 12-13 (tradução nossa).

³⁶² MURPHY, Jeffrie G. **Marxism and retribution**. p. 240.

de mundo liberal e, especialmente, contratualista. Negar que um mundo desses possa existir é uma afirmação segura. Não é esse, por enquanto, nosso intuito. Cabe avaliar se, dentro da moldura que nos é fornecida, a proposta se mantém.

Logo, devemos antes aceitar os pressupostos necessários ao retributivismo por equilíbrio moral. É, à princípio, o que faz ANDERSON, o qual chama a teoria de MORRIS de retributivismo por reciprocidade:

Se aceitarmos a afirmação do contratualismo social de que somos membros iguais e cooperativos de uma sociedade que obedece a um sistema de regras mutuamente benéfico, então parece razoável afirmar que transgressores sejam punidos. Assim, a pena retributiva se apresenta não apenas como uma resposta permissível aos crime, mas também como uma resposta necessária ³⁶³.

Tal qual o retributivismo de direitos, a versão defendida por MORRIS é, à princípio, bastante plausível. Sua validade, no entanto, também pesa toda sobre poucas afirmações que, se contestadas com sucesso, desmontam toda a construção. Esta avaliação é efetuada por BURGH ³⁶⁴ e DOLINKO ³⁶⁵ com bastante clareza.

A teoria de MORRIS caracterizará o criminoso como um *free-rider* dentre outros indivíduos que se mantêm obedientes às regras. O *free-rider* obtém, assim, uma vantagem indevida que a pena retiraria ³⁶⁶. O que interessará tanto a DOLINKO como a BURGH é o que exatamente representa essa vantagem indevida, pois dessa análise dependerá tanto a justificativa para a pena propriamente dita quanto a quantidade da pena capaz de devolver o equilíbrio ao “clube” de MORRIS.

Distingue BURGH algumas possibilidades de resposta:

(...) será necessário chegar a um entendimento claro sobre o que é a vantagem indevida. Há quatro possíveis candidatos: (1) o bem indevidamente ganho, p. ex. o dinheiro de um roubo; (2) não suportar o ônus de autocontrole, por isso deter mais liberdade que outros; (3) a satisfação por cometer o crime; e (4) a esfera de não-interferência que resulta da obediência geral à específica regra violada; p. ex. cada pessoa se

³⁶³ ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 17 (tradução nossa).

³⁶⁴ DOLINKO, David. Op. Cit. p. 545-559.

³⁶⁵ BURGH, Richard. W. Op. Cit. p. 202-210.

³⁶⁶ BOONIN, David. Op. Cit. p. 122.

beneficia de leis de propriedade, na medida em que ela está livre de interferência para com sua propriedade³⁶⁷.

Assim, BURGH vê três significados de vantagem indevida lidos como resultados da ação criminosa (os três primeiros), além de um benefício que é anterior ao crime, mas que se torna indevido pela violação de uma regra³⁶⁸.

Se entendermos a vantagem indevida como o bem ganho com o crime, não encontraremos nenhuma justificativa para a pena- a simples devolução do bem restauraria o equilíbrio, além desta não medida não se aplicar à hipóteses em que não há um ganho material e distinguível para o criminoso. Não é com esta possibilidade que trabalha o retributivismo por equilíbrio moral³⁶⁹.

Considerando as três outras possibilidades, no entanto, que caracterizam o criminoso como um *free-rider*, não encontraremos melhor sorte. Isto porque, em última análise, restam apenas dois caminhos para caracterizar o *free-rider*: este será aquele que violou a lei em geral, e, desse modo, não carregou o ônus que os cidadãos respeitadores da lei carregam³⁷⁰; ou, de outra banda, será aquele que abdica do mesmo ônus, mas por ter obtido uma vantagem pela violação de uma regra em particular, a exemplo das regras de não interferência na propriedade alheia³⁷¹.

Optando pelo primeiro caminho, teremos a (ainda) plausível conclusão de que cidadãos que violaram o pacto, isto é, o equilíbrio de benefícios e ônus por não terem respeitado a lei em geral, se diferenciam daqueles cidadãos que seguem respeitando a lei. Desse modo, conseguiremos caracterizar todos os que violam a lei serão *free-riders*. Contudo, não somos capazes de diferenciá-los³⁷². Temos que todos são *free-riders* em pé de igualdade, pois o critério que os distingue dos cidadãos que respeitam as regras não é capaz de distingui-los entre si. A conclusão a que chegamos é risível:

³⁶⁷ BURGH, Richard. W. Op. Cit. p. 203 (tradução nossa).

³⁶⁸ BURGH, Richard. W. Op. Cit. p. 203.

³⁶⁹ Essa hipótese, no entanto, parece ser um interessante caminho para pensarmos uma justiça capaz de abandonar qualquer noção de pena.

³⁷⁰ BOONIN, David. Op. Cit. p. 124.

³⁷¹ BOONIN, David. Op. Cit. p. 124. Dolinko ainda analisa a hipótese de Jean Hampton, que propõe uma forma um pouco diferente de analisar a satisfação obtida pelo crime. Hampton, contudo, cai nos mesmos problemas das outras propostas.

Confira-se: DOLINKO, David. Op. Cit. p. 549-550.

³⁷² DOLINKO, David. Op. Cit. p. 546; BURGH, Richard. W. Op. Cit. p. 206.

(...) a vantagem indevida obtida pelo estuprador é idêntica à vantagem indevida obtida pelo motorista em excesso de velocidade (ambos evitaram o custo de obedecer à lei em geral, enquanto nós incorremos neste custo), segue, então, que a equidade ditará ao estuprador e ao motorista precisamente a mesma pena³⁷³.

Merecem, para usar a terminologia do retributivismo, a mesma pena “todos os criminosos (*offenders*), independentemente do crime que cometeram (...)”³⁷⁴. É um resultado, no mínimo, contra-intuitivo.

A opção pelo segundo caminho também não traz um resultado satisfatório. Mas por uma razão diferente. Se MURPHY caracteriza a vantagem indevida como o ônus que cada um dos indivíduos carrega por se autodominar ao não praticar as ações que a sociedade proíbe com leis penais³⁷⁵, a pena dependerá de quão grande é a tentação para cometer o crime em questão³⁷⁶.

Logo, o merecimento da pena será um julgamento com base numa suposta inclinação média ou geral da sociedade em cometer cada crime em particular. Esta já pouco admissível linha de raciocínio se torna ainda mais problemática se a levarmos a fundo:

Assim, crimes seriíssimos os quais a maioria das pessoas tem pouca inclinação para cometer (p. ex. homicídio) fornecem uma vantagem menor- desse modo merecem menos pena- que aqueles (como dirigir em excesso de velocidade e sonegação fiscal) que testam o autodomínio das pessoas de forma mais intensa³⁷⁷.

Como ainda insiste BOONIN, a maioria das pessoas se sente feliz em não abusar sexualmente de crianças, mas sente inclinações constantes para dirigir alcoolizada³⁷⁸.

³⁷³ BOONIN, David. Op. Cit. p. 125 (tradução nossa).

³⁷⁴ BURGH, Richard. W. Op. Cit. p. 206.

³⁷⁵ MURPHY, Jeffrie G.. **Legal moralism and retribution revisited**. p. 12.

³⁷⁶ DOLINKO, David. Op. Cit. p. 545.

³⁷⁷ DOLINKO, David. Op. Cit. p. 546 (tradução nossa).

³⁷⁸ BOONIN, David. Op. Cit. p. 126.

Ao que parece, o retributivismo por equilíbrio moral entra em conflito direto, seja apelando para a lei em geral, seja recorrendo à ideia de autodomínio de MURPHY, com o Princípio da Proporcionalidade, fundamento incontornável do retributivismo:

Parece, assim, que se o merecimento for analisado em termos de reciprocidade, temos de abandonar a intuição bastante central de que a pena deve ser proporcional à gravidade do crime. Em verdade, se essa análise fornece o resultado de que o sonegador de impostos merece uma pena maior do que o homicida, então penso que a maioria de nós estaria inclinada a rejeitá-la³⁷⁹.

Em suma, mesmo acatando o modelo de sociedade pensado por MORRIS, o retributivismo por equilíbrio moral não fornece uma justificativa plausível para a pena. E há uma razão bastante clara para isso, ainda mais forte que o conflito com o Princípio da Proporcionalidade.

É que enxergar o merecimento da pena no fato dos culpados serem *free-riders*, obtendo uma vantagem indevida sobre os demais cidadãos, acarreta ignorar completamente a realidade dos crimes. Se o lugar da vítima já foi extremamente reduzido com a tomada do monopólio para a resolução dos crimes por parte do Estado, o retributivismo por equilíbrio moral dá um passo adiante e ignora o indivíduo vitimado.

Nesse sentido, a retratação de MURPHY é significativa:

Finalmente, pareceu-me que a teoria do equilíbrio moral ao menos tende a explicar o óbvio em termos do controverso. Se alguém me perguntar por que um assassino merece ser punido, eu me sentiria muito mais inclinado a responder essa questão simplesmente dizendo enfaticamente “porque ele é um assassino” do que dizendo “porque ele é um *free-rider*”³⁸⁰.

³⁷⁹ BURGH, Richard. W. Op. Cit. p. 210 (tradução nossa).

³⁸⁰ MURPHY, Jeffrie G.. **Legal moralism and retribution revisited**. p. 14.

O que mais afeta o retributivismo por equilíbrio moral, e, sem exagerarmos, a quase totalidade de teorias retributivas é que ele erra o alvo sobre o que exatamente é a retribuição.

HONDERICH fala, dessa maneira, em não apreender a verdade do retributivismo ³⁸¹. A questão é que a força e a presença da retribuição em nossas sociedades não parece se enquadrar em nenhum dos termos com os quais trabalhamos.

Não se trata em aceitarmos que a retribuição não passa de barbárie, vingança ou resquícios de uma mentalidade ultrapassada. Trata-se, e esta é uma conclusão puramente pessoal, de um objeto que exige estudos muito mais amplos e verdadeiramente interdisciplinares. Pois, mesmo levando a sério os argumentos dos mais importantes defensores do retributivismo, não somos capazes de encontrar qualquer justificativa para sua compatibilização com um (na falta de um termo melhor) sentimento de justiça. E, no entanto... Ainda, não conseguimos encontrar um caminho para afastar a retribuição.

No fundo, concordamos com HONDERICH, no dizer de que a verdadeira tradição do retributivismo se liga a uma tentativa de opor uma resposta aos incômodos, cargas ou queixas causadas por crimes ³⁸². O que se pode dizer para além disso é que, por hora, não vemos esta tradição como uma empreitada bem sucedida.

É uma conclusão bastante frustrante, admitimos- se voltarmos às primeiras páginas deste trabalho, veremos afirmações quase idênticas. Mas preferimos pensar que isto serve como prova da importância de maiores estudos na área.

³⁸¹ HONDERICH, Ted. Op. Cit. p. 231.

³⁸² HONDERICH, Ted. Op. Cit. p. 233.

8. CONCLUSÃO: BOTANDO OS PÉS NO CHÃO.

Nos últimos parágrafos apontamos nossas conclusões acerca da incapacidade do retributivismo de fornecer num plano lógico uma teoria satisfatória para justificar a prática da pena. Ou, nas palavras de ANDERSON, focamos nos “mecanismos internos” das teorias retributivas ³⁸³.

Isto significou admitir todos os pressupostos sobre os quais foram construídos os raciocínios que estudamos. No nosso caso, particularmente, significou admitir o quadro que nos fornece o liberalismo- o que implicou, sobretudo, suspender o fato de que vivemos em sociedades intensamente injustas.

Pretendemos aqui novamente “botar os pés no chão”, isto é, retirar o retributivismo dos parênteses em o inserimos. Contaremos, assim com a ajuda direta das conclusões de LACEY ³⁸⁴, ANDERSON ³⁸⁵ e MURPHY ³⁸⁶ pra traçar um esboço (e não mais que isso) de um foco de estudo extremamente necessário:

a) Se o liberalismo se mostra uma teoria relevante pelo foco e respeito que atribui aos indivíduos, está também nesse ponto uma de suas maiores fraquezas. Ao tornar o indivíduo um dos pilares de sua proposta, as teorias retributivas que aceitam o ideário liberal acabam por retirar os indivíduos das ricas e complexas relações sociais que sempre os cercam- e não apreender estas relações implica em não apreender uma face importantíssima do homem. Esta fraqueza se refletirá de forma gritante na explícita noção de indivíduo pré-social.

b) Todas as formas de retributivismo estudadas partem de uma concepção extremamente crua da razão humana- somos caracterizados, a certo modo, como seres calculistas que a todo tempo são capazes de projetar os resultados de suas ações, bem como de frear impulsos e emoções quando bem entendem. A razão humana, afinal, “é mais complexa que a visão liberal indicaria” ³⁸⁷.

c) Fornecem as teorias retributivas, e de forma por demais acentuada o retributivismo por equilíbrio moral, um cenário em que as desigualdades materiais

³⁸³ ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 17.

³⁸⁴ LACEY, Nicola. Op. Cit. 163-167.

³⁸⁵ ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 17-19.

³⁸⁶ MURPHY, Jeffrie G. **Marxism and retribution**. 328-341.

³⁸⁷ LACEY, Nicola. Op. Cit. 166 (tradução nossa).

dos homens não existem. Saindo deste cenário, justificar a pena de indivíduos com base numa ideia de justiça, equidade ou merecimento soa como uma piada de mau-gosto³⁸⁸.

d) Numa sociedade real soar á como outra piada de mau-gosto justificar a imposição de sofrimento intencional com base na aceitação ou na vontade de viver de acordo com as regras com as quais boa parte das pessoas nunca teve contato.

e) Dá pouca ou nenhuma importância o retributivismo para as consequências que a imposição de uma pena acarreta a uma pessoa. Diante da caótica situação dos sistemas penais (no sentido mais amplo possível) isto é inaceitável.

f) Por fim, um dos aspectos mais falhos do retributivismo é sua insuficiência em considerar o exercício do poder nas relações entre os homens como um fator determinante para pensar o crime.

Se nossa noção intuitiva inicial era de que a pena não poderia ser moralmente justificada como prática político-social, esta pesquisa não serviu para mudarmos de opinião, ao menos em relação ao retributivismo. Esta constatação, no entanto, não significa dizer que podemos tomar o tema como superado- como, infelizmente, muitos o fazem. É esta uma atitude que não faz mais do que deixar aberto o caminho para continuarmos, como sociedade, a fazer mais do mesmo.

³⁸⁸ Dirá ANDERSON, sobre o retributivismo por equilíbrio moral: “a pena se aproxima de uma piada cruel”. ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 13.

REFERÊNCIAS

- ACTON, H. B.. **Introduction: The philosophy of punishment.** In: ACTON, H. B.. **The philosophy of punishment.** Londres: Macmillan St. Martin's Press, 1969. p. 9-38.
- ANDERSON, Jami L.. **Reciprocity as a Justification for retributivism.** Criminal Justice Ethics, 16:1 (1997: Winter/Spring). p. 13-25.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos.** Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- ARAUJO, Cicero. **Nozick e o Estado.** In: AGUIAR, Odilon Alves Aguiar; OLIVEIRA, Manfredo; SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva (orgs.). **Filosofia política contemporânea.** Petrópolis: Vozes, 2003. p. 272-286.
- ARMSTRONG, K. G. **The retributivist hits back.** In: ACTON, H. B.. **The philosophy of punishment.** Londres, Macmillan St. Martin's Press, 1969. p. 138-158.
- ASHWORTH, Andrew. **Desert.** in: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing.** Readings on theory and policy. Portland: Hart Publishing, 2009.. p. 102-109.
- ATGER, Frédéric. **Essai sur l'histoire des doctrines du contrat social.** Nimes: Iprimérie Cooperative La Laborieuse, 1906.
- BAIER, K. E.. **Is punishment retributive?** In: ACTON, H. B.. **The philosophy of punishment.** Londres: Macmillan St. Martin's Press, 1969. p. 130-137.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal,** volume I: parte geral. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BOOBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia.** 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2013.
- BOONIN, David. **The problem of punishment.** Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008.

BURGH, Richard. W.. **Do guilty deserve to be punished?**. The journal of philosophy, Vol. 79, No. 4 (Apr. 1982). p.193-210

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

CATTANEO, Mario A. **Sulla filosofia penale di Kant e di Hegel**. In: EUSEBI, Luciano (org.). **La funzione della pena**: il commiato da Kant e da Hegel. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1989. p. 117-136.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONTRATUALISMO. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986. p. 272-283.

CLARKE, Dean H.. **Justifications for Punishment** , Contemporary Crises, 6:1 (1982:Jan.) p.25-77.

CHRISTIE, Nils. **Crime control as industry**. Towards GULAGS, Western Style. 3ª ed. London: Routledge, 2000.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. 5ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. Tomo I- Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DOLINKO, David. **Some thoughts about retributivism**. Ethics, Vol. 101, No. 3 (Abr., 1991). p. 537-559.

DUFF, R.A.. **Punishment, Retribution and Communication**. in: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing**. Readings on theory and policy. Portland: Hart Publishing, 2009. p. 126-134.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**- Teoria del garantismo penal. Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 35. ed. Vozes: Petrópolis, 2008.

GOLDMAN, ALAN H.. **The paradox of punishment**. Philosophy & Public Affairs, Vol. 9, No. 1 (Autumn, 1979). p. 42-58.

HIRST, P. Q. **The concept of punishment**. In: DUFF. R. A.; GARLAND, David. **A reader on punishment**. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 264-280.

HONDERICH, Ted. **Punishment: the supposed justifications**. Hamondsworth, Middlesex, England: Penguin Books, 1984.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. 2ª ed. Bauru: EDIPRO, 2008.

_____. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 2008.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Introdução de Viriato Soromenho-Marques. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto Editora, 1995.

_____. **Resposta à pergunta: Que é esclarecimento [<Aufklärung>]?**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Disponível em: <http://ensinarfilosofia.com.br/__pdfs/e_livros/47.pdf>

KLUG, Ulrich. **Il commiato da Kant e da Hegel**. in: In: EUSEBI, Luciano (org.). **La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1989. p. 3-9.

LACEY, Nicola. **State punishment**. Political principles and community values. London and New York: Routledge, 1988.

LIBERALISMO. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986. p. 686-705.

LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. In the Former, The False Principles and Foundation of Sir Robert Filmer, and His Followers, Are Detected and Overthrown: The Latter, Is an Essay Concerning the Original, Extent, and End, of Civil Government. In: LOCKE, JOHN. **The works of John Locke**. Vol. V. Londres:

Printed for Thomas Tegg; W. Sharpe and Son; G. Offor; G. and J. Robinson; J. Evans and Co, 1823. E-BOOK.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia da libertação e Direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MABBOTT, J. D. **Punishment**. In: ACTON, H. B..**The philosophy of punishment**. Londres: Macmillan St. Martin's Press, 1969. p. 39-54.

MEROLLI, Guilherme. **A interpretação do pensamento político de Thomas Hobbes**. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 47-64.

MILLER, William Ian. **Eye for an eye**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

MOORE, Michael S.. **The moral worth of retribution**. in: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing**. Readings on theory and policy. Portland: Hart Publishing, 2009. p. 110-114.

MORRIS, Herbert. **Persons and punishment**. The Monist. Volume 52, Issue 4: Human Rights - October 1968. p. 475 - 501

MUNDLE, C. W. K.. **Punishment and desert**. In: ACTON, H. B..**The philosophy of punishment**. Londres: Macmillan St. Martin's Press, 1969. p. 65-82.

MURPHY, Jeffrie G.. **Legal moralism and retribution revisited**. Crim Law and Philos (2007) 1. p. 5-20.

_____. **Marxism and retribution**. Philosophy and public affairs, Vol. 2, No. 3 (Spring, 1973). p. 217-243.

NOLL, Peter. **La fondazione ética della pena**. In: in: In: EUSEBI, Luciano (org.). **La funzione della pena**: il commiato da Kant e da Hegel. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1989. p. 29-55.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

PENA. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito.** : São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 625-629.

PIRES, Alvaro P.. **Kant face à la justice criminelle.** Cap. 4, p. 145-205. in: DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; PIRES, Alvaro P.. **Histoire de savoir sur le crime e la peine.** Tome II: La rationalité et la naissance de la criminologie. Les presses de l'Université d'Ottawa, Les Presses de l'Université de Montréal, De Boeck Université, 1998.

QUINTON, Anthony M. **On punishment.** In: ACTON, H. B..**The philosophy of punishment.** Londres: Macmillan St. Martin's Press, 1969. p. 55-64.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena preventiva de liberdade** (os critérios da culpa e prevenção). Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Du contrat social.** *Précédé de Discours sur l'économie politique et de Du contrat social première version et suivi de Fragments politiques.* Saint-Amard (Cher): Éditions Gallimara, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal-** parte geral. 4. ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

STRATENWERTH, Günther. **?Qué aporta La teoria de los fines de la pena?** Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 1996.

von HIRSCH, Andrew. **Doing Justice:** The choice of punishments. In: JACOBY, Joseph E.. **Classics of Criminology.** 3ª ed. Long Grove, Illinois: Waveland Press, Inc., 2004. p. 373-380.

_____. **Proportionate Sentence:** a desert perspective. In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing.** Readings on theory and policy. Portland: Hart Publishing, 2009. p. 115-125.

WOLFE, Christofer. **Liberalism and Paternalism: A critique of Ronald Dworkin.** *The review of Politics*. Vol. 56, No 4 (Autumm, 1994). Cambridge University Press. p. 615-639.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** A perda de legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro:** primeiro volume- Teoria geral do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.